



FAS@JUS

e-Revista da Faculdade de Direito Santo Agostinho, v. 5, n. 1 - 2015

ISSN 2179-8222



FACULDADES SANTO



FACULDADES
SANTO AGOSTINHO

Editor

Prof. Ms. Richardson Xavier Brant



e-Revista da Faculdade de Direito Santo Agostinho

ISSN 2179-8222

Editor

Prof. Ms. Richardson Xavier Brant

Organização, padronização e revisão linguística

Prof. Ms. Waldir de Pinho Veloso

Conselho Editorial

Prof. Ms. Edson Pires da Fonseca

Prof. Ms. Rafael Soares Duarte de Moura

Prof. Ms. Richardson Xavier Brant

Prof. Ms. Waldir de Pinho Veloso



**FACULDADES
SANTO AGOSTINHO**

FAS@JUS - e-Revista da Faculdade de Direito Santo Agostinho

Editor

Prof. Ms. Richardson Xavier Brant

Organização, padronização e revisão linguística

Prof. Ms. Waldir de Pinho Veloso

Conselho Editorial

Prof. Ms. Edson Pires da Fonseca (Faculdade UBRES – Bahia)

Prof. Ms. Rafael Soares Duarte de Moura (Faculdade de Direito Santo Agostinho – Minas Gerais)

Prof. Ms. Richardson Xavier Brant (Universidade Estadual de Montes Claros – Minas Gerais)

Prof. Ms. Waldir de Pinho Veloso (Faculdade de Direito Santo Agostinho – Minas Gerais)

Editoração Gráfica

Maria Rodrigues Mendes

Capa

Adriano Magno de Freitas

Maria Rodrigues Mendes

FAS@JUS : e-Revista da Faculdade de Direito Santo Agostinho / Faculdade de Direito Santo Agostinho. – Vol. 5, n. 1, 2015 - . - Montes Claros, MG. Fundação Santo Agostinho, 2015-

v. : il. 21 x 29cm.

Semestral

ISSN 2179-8222

1. Direito. I. Faculdade de Direito Santo Agostinho. II. Título.

CDU: 34 (05)

Ficha catalográfica elaborada por Edmar dos Reis de Deus CRB6 2486.



SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	7
ENTREVISTA	9
 ARTIGOS DO CORPO DOCENTE	
PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO E A INFLUÊNCIA NO TRATAMENTO DADO AOS QUE ESTÃO POR NASCER NO BRASIL E ARGENTINA Cyntia Mirella Cangussu Fernandes Sales	15
O PENSAMENTO EGOLÓGICO NA TEORIA DE CARLOS CÓSSIO: a experiência jurídica para além do fixionismo normativo estrutural Rafael Soares Duarte de Moura	23
 ARTIGOS DO CORPO DISCENTE	
O NEOCONSTITUCIONALISMO, A SUPREMACIA CONSTITUCIONAL E O ATIVISMO JUDICIAL: uma proposta de conciliação entre o Judiciário e povo como intérpretes e efetivadores da Constituição para garantir a democracia Betânia Gusmão Mendes Patrick Luciano Guilhoto do Prado	43
ANÁLISE DA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS EM FACE DO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL Diana Alves Câmara	49
SITUAÇÃO DO COMPANHEIRO COMO HERDEIRO ESPECIAL NA UNIÃO ESTÁVEL Camila Micaelen Freitas Oliveira Isabella Teresa Silva Souto	59
A REFORMA ADMINISTRATIVA DE 1998: a efetividade da prestação administrativa à luz do princípio da eficiência Lucas Versiani Cardoso	67
RELAÇÕES ENTRE A HISTÓRIA E O DIREITO: convergências e definições dessas duas áreas do saber Renat Nureyev Mendes	75

AUTOR CONVIDADO

PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE HUMANA E O DIREITO FRATERNAL
CONSTITUTIONAL PRINCIPLE OF HUMAN DIGNITY AND THE FRATERNAL LAW

Lafayette Pozzoli

Álvaro Augusto Fernandes da Cruz 85

RESENHA

DIREITO E LITERATURA: um estudo da obra “Contar a lei”, de François Ost

Gabrielle Xavier Ribeiro 95

REGRAS PARA PUBLICAÇÃO 99

APRESENTAÇÃO

Nas palavras bíblicas, a cada tempo são creditadas as suas próprias preocupações. A cada semestre que nasce, nasce com ele o desejo de ter mais um número da Revista Eletrônica Fas@Jus levada a lume. Nasce, também, o conforto da alma, por ver a concretização do sonho, a materialização do intangível, a transformação da ideia em uma realidade.

Neste primeiro semestre de 2015, a realização da ideia vem com o complemento da Revista Eletrônica Fas@Jus, do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho, que leva a identificação como Volume 5, Número 1. Significa que este é o primeiro volume do ano sequencialmente contado como número cinco. E representa, por si só, a consolidação, a segurança e, sobretudo, a certeza de que, durante este tempo, não houve atraso, não houve descontinuidade, não houve desconexão entre a data constante da capa e a data efetiva do lançamento. Especialmente porque há temas que são sazonais, especialmente no campo do Direito. Assim, o eventual descompasso entre a época da publicação e a data constante na capa pode fazer com que artigos fiquem mofando em gavetas, adquirindo o limo da desatualização.

Com a Revista Eletrônica Fas@Jus, do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho, graças à efetiva participação dos Corpos Docente e Discente desta Faculdade, não há descompasso.

Prova é que a seção destinada ao Corpo Docente do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho, nos presentes Volume e Número, vem ocupada por dois Professores da Casa. Antes, porém, uma pausa para falar da seção **Entrevista**. Para tal espaço, o convite foi feito à **Advogada Fernanda Joyce Ferreira Botelho**, que faz parte da Diretoria da Subseção montes-clarense da Ordem dos Advogados do Brasil. Há um desfile de falares múltiplos, passando pelo exercício profissional, a necessidade de atualização permanente quanto aos estudos do Direito e, principal foco, sobre a ética profissional e o Tribunal de Ética da Ordem dos Advogados do Brasil.

Agora, especificamente sobre o segmento que é aberto aos Professores do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho.

A **Professora Cyntia Mirella Cangussu**

Fernandes Sales escreveu o artigo científico denominado “Princípios Gerais do Direito e a Influência no Tratamento dado aos que estão por Nascer no Brasil e Argentina”, tratando o Direito de Família sob duas visões, a brasileira e a argentina, quando se refere ao ordenamento jurídico. No texto, a autora desfila análises comparativas tanto da legislação quanto da doutrina. E mostra diferenças de tratamento por parte do ordenamento jurídico e dos aplicadores do Direito.

Por seu lado, o **Professor Rafael Soares Duarte de Moura** alinha a sua área de pesquisa, muito voltada à Filosofia do Direito, à Hermenêutica Jurídica e à Argumentação e Lógica, com a sua facilidade de expressar o que quer escrever. E, assim, nasce o artigo científico que leva o convincente título de “O Pensamento Ecológico na Teoria de Carlos Cossio: a experiência jurídica para além do fixionismo normativo estrutural”. Como dito, algo filosófico. Mas, sobretudo, um texto entremado de qualidades que envolvem ao leitor e trazem a quem o estuda a sensação de que há muito mais matéria de fácil compreensão do que dotada de complicações.

A Revista Eletrônica Fas@Jus, do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho é uma das únicas publicações científicas do Brasil que serve como efetiva prova de que o Curso de Direito apoia, verdadeiramente, a pesquisa científica. Embora a Missão da Faculdade de Direito Santo Agostinho seja a *iniciação à pesquisa*, a Fas@Jus é a prova viva de que, mais do que fomento à *iniciação*, há efetivo suporte aos Acadêmicos que pesquisam. Há um espaço próprio para que os Acadêmicos publiquem seus textos científicos. E desta vez, são seis as participações, sendo cinco artigos e uma resenha, como se verá. O Corpo Discente está de parabéns, pelos seus representantes fixos neste Volume 5, Número 1, da Revista Eletrônica Fas@Jus.

Em ordem alfabética pelos nomes dos autores, o primeiro artigo científico publicado neste número é de autoria da **Acadêmica Betânia Gusmão Mendes** em parceria com o **Acadêmico Patrick Luciano Guilhoto do Prado**. Eles, unidos em estudos e pesquisa científica, escreveram o texto jurídico sob a denominação de “O Neoconstitucionalismo, a Supremacia

Constitucional e o Ativismo Judicial: uma proposta de conciliação entre o Judiciário e povo como intérpretes e efetivadores da Constituição para garantir a democracia”. O tema – ativismo judicial ou a intervenção do Poder Judiciário como elemento legislador – cada vez mais credor de necessário debate, recebe considerações que justificam os termos “científico” e “pesquisa”, pois os autores tecem comentários fundamentados em leis, em jurisprudência e em doutrina.

A também **Acadêmica Diana Alves Câmara** desenrola um tema carente de explicações doutrinárias. E o faz em tom acessível e recheado de citações. Mais do que isso, o texto comprova a quantidade de doutrina alcançada pela pesquisado para empreender a sua atividade de cientista. Escreve sobre a “Análise da Efetivação dos Direitos Sociais em face do Princípio da Reserva do Possível”, deixando claro dos conceitos tanto de Direitos Sociais, Direitos Fundamentais e a possibilidade de a Administração Pública efetivar ou colocar tais direitos à disposição dos administrados, dentro das suas possibilidades, conveniência e oportunidade.

Outra parceria entre membros do Corpo Discente do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho aconteceu, e a Fas@Jus publica neste número, entre a **Acadêmica Camila Micaelen Freitas Oliveira** e a **Acadêmica Isabella Teresa Silva Souto**. O assunto pelas duas abraçado é a “Situação do Companheiro como Herdeiro Especial na União Estável”. Por si só, o tema exige – e as Acadêmicas se propuseram a assim proceder – estudos acerca do instituto da União Estável e da vocação sucessória. E o desbravamento do tópico se deu em palavras cujo entendimento não é um inimigo.

Em continuação à lista, em ordem alfabética, o **Acadêmico Lucas Versiani Cardoso** escreveu um texto científico com o título de “A Reforma Administrativa de 1998: a efetividade da prestação administrativa à luz do princípio da eficiência”. Como se vê desde a indicação do nome do texto, há uma mescla entre o Direito Administrativo e o Direito Constitucional. A alteração na Constituição Federal de 1988, ocorrida dez anos após o seu início de vigência (em 1998) trouxe alguns pontos de aplicação cogente à Administração Pública como um todo (nas esferas federal, estaduais e municipais), exigindo eficiência, Exames de Administração, exames que precedem à efetivação do servidor público e outros tópicos. Tópicos

tratados no artigo em assunto.

Por último, a seção do Corpo Discente é ocupada pelo **Acadêmico Renat Nureyev Mendes**, cuja *história* é interessante: é graduado em História e Acadêmico do Curso de Direito. Logo, portador de qualidades próprias para tecer ou desenrolar a meada existente entre o Direito e a História. Por isso, o título do seu artigo científico, “Relações entre a História e o Direito: convergências dessas duas áreas do saber”, demonstra, desde o início e por si só, que letras contém, para desenvolver o texto mostrando o elo ou a interdisciplinaridade.

Outra seção da Revista Eletrônica Fas@Jus que é tratada com máximo carinho é a destinada aos **Autores Convidados**. Desta vez, o **Professor Álvaro Augusto Fernandes da Cruz**, que coordenado o Curso de Direito da Faculdade Santo Agostinho de Sete Lagoas, obteve a parceria com ninguém menos do que o **Professor Lafayette Pozzoli**, cujos Pós-Doutorado e Doutorado são em Filosofia do Direito. O texto contém, sim, algo de Filosofia do Direito, mas o cerne é o Direito Constitucional e, como subtema, a dignidade da pessoa humana. O título, por si só, explica: “Princípio Constitucional da Dignidade Humana e o Direito Fraternal”. Dá para notar, apenas pelo tema e seus autores, que merecem, sim, a condição de “convidados” a crescer.

A Revista Eletrônica Fas@Jus tem, para a sua última seção, o nome **Resenha**. As regras são diferentes em relação à feitura de um artigo científico. A resenha do semestre é de autoria da **Acadêmica Gabrielle Xavier Ribeiro** que faz análise detalhada (um resumo crítico e, exatamente por isso, denominado “resenha”) sob o título “Direito e Literatura: um estudo da obra ‘Contar a lei’, de François Ost”. Na resenha, a Acadêmica desce a detalhes e pormenores quanto ao estudo do livro “Contar a Lei”, de François Ost, e uma das obras que os Acadêmicos do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho estudam durante a graduação como alicerce para o conhecimento do Direito.

A esperança tem um pedido de que seja transformada em certeza. A certeza de que todos se encantem com este Volume 5, Número 1 da Fas@Jus, e-Revista do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho.

Prof. Ms. Richardson Xavier Brant
Editor

ENTREVISTA

Entrevistada: Advogada Fernanda Joyce Ferreira Rabelo

A Ordem dos Advogados do Brasil é integrada por graduados em Direito que são aprovados em exame de suficiência denominado *Exame de Ordem*. Uma vez aprovado, pode ser inscrito como advogado e pode exercer a Advocacia. Mesmo após a aprovação no Exame da Ordem e regularmente inscrito, está o advogado está sujeito a ter suspensão, por prazo fixo ou “até que cumpra a punição”, o seu direito de advogar. Pode, também, ser excluído da condição de advogado.

Na composição da Diretoria da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), tanto em nível federal quanto em níveis estaduais (Secções) e municipais ou regionais (Subsecções), a OAB somente aplica qualquer punição aos seus integrantes após processo administrativo com concessão, ao representado, de direito à ampla defesa e ao contraditório. As punições são aplicadas pelo Tribunal de Ética, que é seccional (estadual), após os Conselhos de Ética (subseccionais) preparem o procedimento administrativo.

A Advogada Fernanda Joyce Ferreira Rabelo é componente do Conselho de Ética da Subsecção de Montes Claros da Ordem dos Advogados do Brasil. Foi Presidente da OAB-Mulher (ala da Diretoria da Subsecção que reúne as advogadas). É Graduada em Direito (2000) e advogada militante desde 2001, com atuação na área cível, especialmente nas áreas de família e sucessões. Tem pós-graduação *lato sensu* em Processo, com Ênfase em Processo Civil, e em Direito de Família.

Para a **Fas@Jus**, a **e-Revista do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho**, a Advogada Fernanda Joyce Ferreira Rabelo concedeu a seguinte entrevista, com foco nas questões éticas e profissionais e, por acréscimo, falando um pouco sobre a atuação da mulher

na Advocacia e a necessidade de o profissional do Direito estar permanentemente estudando.

Fas@Jus: Para início, fale sobre a ética na profissão de advogado.

Advogada Fernanda Joyce: *A palavra ética tem sua origem em Ethos e, segundo o dicionário Melhoramentos, é: “1. Parte da filosofia que os estudos os valores morais. 2. Conjunto de princípios morais que se devem observar no exercício de uma profissão.”. Segundo o Regimento Interno do Tribunal de Ética e Disciplina da OAB/MG, este Tribunal tem por objetivo:*

- I - julgar processos disciplinares instruídos por órgãos competentes do Conselho Seccional e dos Conselhos Subseccionais;
- II - conciliar e julgar representação de advogado contra advogado, cabendo ao Relator designado pelo Presidente do Conselho Seccional proceder à instrução do processo e oferecimento do parecer preliminar, a ser submetido ao Tribunal;

III - orientar e aconselhar sobre ética profissional,

respondendo às consultas em tese, bem assim mediar e conciliar nas questões que envolvam dúvidas e pendências entre advogados, partilha de honorários contratados em conjunto ou mediante substabelecimento ou decorrente de sucumbência e controvérsias surgidas quando da dissolução de sociedade de advogados;

IV - instaurar, de ofício, processos disciplinares sobre consulta, ato ou matéria que considere passível de configurar, em tese, infração a princípio ou norma de ética profissional;

V - promover a ética profissional de advogados em todo o Estado de Minas Gerais, na forma do Código de Ética e Disciplina.

“ A advocacia é, talvez, uma das profissões mais antigas de que se tem conhecimento, haja vista que todo o homem é dotado de direitos e obrigações. ”

Fas@Jus: Como é a sua função no Conselho de Ética da Subseção?

Advogada Fernanda Joyce: *A Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de Minas Gerais, desenvolve sem tréguas o seu trabalho em defesa da classe que representa, mantendo a sua presença solidária e eficaz em prol do correto exercício profissional. E, por isso, não se omite de seus deveres disciplinares com rigoroso efeito punitivo. Como membro do Conselho de Ética da 11.ª Subseção da OAB/MG, sou responsável por instruir e emitir pareceres em processos movidos contra colegas de profissão, que poderão ser punidos com pena de advertência, suspensão ou até mesmo exclusão.*

Fas@Jus: Quando um cliente não se sente satisfeito com a atuação profissional de um advogado, em termos éticos, pode representar contra tal advogado junto à Ordem dos Advogados do Brasil?

Advogada Fernanda Joyce: *O Tribunal de Ética pode agir de ofício ou mediante representação, sendo que esta última não pode ser anônima. Quando um cliente não se sente satisfeito com a atuação de um advogado que contratou, pode representar contra este, no prazo de cinco anos – é prazo prescricional, significando que, uma vez ultrapassado, o interessado perde o direito da representação – e tal prazo é contado a partir do conhecimento do fato. O processo disciplinar é sigiloso, sendo que seu acesso é garantido às partes, seus representantes e autoridade judiciária competente. Recebida a representação, o Presidente do Conselho Seccional ou Subseção nomeia um Relator para presidir a instrução processual e este pode determinar as diligências que entender necessárias, ou ainda propor o arquivamento da representação, quando estiver desconstituída dos pressupostos de admissibilidade.*

Fas@Jus: Qual a duração média de um processo disciplinar contra um advogado?

Advogada Fernanda Joyce: *Na Subseção de Montes Claros, o Dr. Antônio Luís Nunes Salgado, que atualmente é o Presidente do Conselho de Ética e Disciplina da 11.ª Subseção da OAB/MG, apurou que, em 2014, o tempo médio de duração da tramitação local é de onze meses. Após a emissão do Parecer, pelo Relator,*

segue para o Tribunal de Ética, em Belo Horizonte, que decide pelo acolhimento ou não do Parecer, sendo que nesta fase, o processo segue por mais três meses, totalizando assim um período médio de um ano e dois meses para decisão.

Fas@Jus: Quais as punições possíveis, impostas pelo Tribunal de Ética, aos advogados?

Advogada Fernanda Joyce: *Segundo a Lei n.º 8.906/94, que é o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, as sanções disciplinares consistem em censura, suspensão, exclusão e multa. As condutas infratoras também estão previstas neste mesmo ordenamento jurídico, no artigo anterior ao que prevê as sanções. E estas serão aplicadas conforme a gravidade da infração.*

Fas@Jus: Como o advogado punido, após cumprida a punição pela atitude imposta ou pelo decurso de prazo, pode voltar a advogar?

Advogada Fernanda Joyce: *A condenação à exclusão encontra-se no rol das situações ensejadoras do cancelamento da inscrição. É a punição mais gravosa imposta ao inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil. Tratando-se do cancelamento da inscrição pela pena de exclusão, observa-se que esta se dá em duas hipóteses, de acordo com o artigo 38 da Lei n.º 8.906/94: nos casos de aplicação, por três vezes, da pena de suspensão ou nos casos elencados nos incisos XXVI a XXVIII, do artigo 34 desta mesma Lei. Com a exclusão, cancela-se a inscrição. O advogado poderá voltar a advogar, mas terá de se submeter a provas de reabilitação, decorrido um ano do cumprimento da pena imposta. É facultado ao interessado proceder à instauração do devido processo, competindo-lhe o ônus de provar a sua aptidão à reabilitação. No caso de exclusão pela prática de um crime, deverá, também, ser promovida a reabilitação criminal. E há punições que, no próprio dispositivo, já contempla um termo final, como aquelas em que a suspensão do direito de advogar vigorará “até que sejam prestadas contas ao cliente”. Para punições como esta do exemplo, uma vez comprovado junto à OAB que houve o cumprimento da pena, a inscrição é restabelecida. Impor-*

tante dizer que os atos eventualmente praticados, durante o período de suspensão, não têm validade. Assim, um processo ou uma sua parte – como um recurso – pode ser desconsiderado e com perda para o cliente, caso o advogado esteja suspenso e assine alguma petição. Se a pena é de multa, o pagamento da multa faz restaurar a situação de anormalidade. A censura é uma advertência, ou conselho ou conserva, acerca de procedimentos e, em tal caso, não importa em interrupção do exercício profissional.

Fas@Jus: Ainda dentro do tema, há outras punições paralelas?

Advogada Fernanda Joyce: *Há outras punições que não têm liame com a OAB. Por exemplo, se um advogado está em débito para com a anuidade da OAB e, ainda assim assina alguma petição iniciando processo perante o Tribunal de Justiça, o período de inadimplência não é considerado tempo de exercício da profissão para efeitos de títulos. Há casos de profissionais que, para pontuação como tempo de atuação como advogado, em concurso de provas e títulos, juntam “prova” de que advogaram durante um determinado ano. Mas, por a entidade promotora do Concurso também exigir declaração da OAB de estar o concorrente em dia com suas obrigações, acaba o órgão promotor do Concurso eliminando do tempo de exercício da advocacia o período de inadimplência.*

Fas@Jus: E como é a carreira do advogado?

Advogada Fernanda Joyce: *A advocacia é, talvez, uma das profissões mais antigas de que se tem conhecimento, haja vista que todo o homem é dotado de direitos e obrigações. Em face das complexas relações interpessoais que a vida impõe a todos nós e do nível de civilização a que chegamos, tornou-se indispensável a atuação deste profissional. A Constituição Federal do Brasil de 1988 consagrou e elevou a profissão do advogado, ao assim dispor em seu art. 133: “O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.”. A principal atividade de um advogado é representar e defender os interesses de seus clientes com base nas leis*

vigentes do país. Ele pode representar pessoas físicas e jurídicas. Além disso, o advogado que optar por ter um escritório deverá gerir esta estrutura, captar clientes (de forma ética!) e buscar se especializar.

Fas@Jus: E a advocacia, para a mulher, em particular?

Advogada Fernanda Joyce: *A mulher tem conquistado cada dia mais espaço na liderança de empresas e de instituições, no cenário nacional e mundial. Supera os obstáculos e dificuldades encontradas na rotina profissional, e se dedica ao crescimento pessoal e profissional, na busca, ainda, da contribuição para com o fortalecimento da carreira dos advogados. Não somente na advocacia, mas no Direito como um todo, a mulher está presente em todos os níveis, em todos os órgãos, em todos os setores.*

Fas@Jus: Fale um pouco sobre sua trajetória como advogada.

Advogada Fernanda Joyce: *Atuo como advogada desde quando me graduei e fui aprovada no Exame da OAB. Desde a minha formatura, procurei me especializar e escolhi atuar como advogada na área de Família e Sucessões. Sempre procurei agir de forma ética, com meu cliente, com a parte contrária, com a Justiça e comigo mesmo. Por algumas vezes, recusei atender um possível cliente, por não compartilhar do mesmo entendimento deste frente a determinada situação, agindo, assim, de forma ética comigo mesmo e com meus princípios.*

Fas@Jus: Destaque pontos positivos e negativos da atuação como advogada.

Advogada Fernanda Joyce: *A profissão de advogado é controvertida. Por vezes, o advogado é confundido com o próprio cliente... Muitas vezes sua competência não é reconhecida, mesmo “dando seu melhor” por uma causa – o cliente achará que, afinal, era um direito dele – e, não tendo êxito na causa, a culpa é “do advogado”. Quem optar por ser advogado deve ter habilidade de saber lidar com esta situação e, independente do resultado, fazer o melhor. Vejo esta situação como um ponto negativo. Além disso, trabalhando como profissional liberal, no início da carreira, via*

como ponto negativo o fato de restrição de férias e baixa remuneração. Com o tempo, consegui me organizar para ter um pouco mais de tempo livre e uma remuneração condizente com o tempo dedicado a minha atividade. Como ponto positivo, destaco o fim máximo do Direito, que é a pacificação social. Atuando nas relações familiares, superando o conturbado período de dissolução de um relacionamento, tento trazer um pouco de paz, intermediando a comunicação entre as partes e buscando preservar os laços familiares. É gratificante quando executamos bem o serviço que nos propomos fazer.

Fas@Jus: E como escolheu a sua área de atuação? E qual a importância de se especializar?

Advogada Fernanda Joyce: *Durante a Faculdade, fiz estágio em diversas áreas, penal, cível e trabalhista. Na área cível, me identifiquei muito com o Direito de Família, e iniciei minha atividade atuando como advogada na área de Família. Acredito que é fundamental melhorar sempre, por isso, acredito na importância de se especializar. Em uma ciência tão complexa como o Direito, para o qual há um número infinito de legislação, doutrinas divergentes, posicionamentos, jurisprudências majoritárias e minoritárias, atuar sem limitar uma área trará, provavelmente, vários clientes ao escritório, mas levará a uma queda na qualidade do atendimento e das petições elaboradas.*

Fas@Jus: Especializar é...

Advogada Fernanda Joyce: *Estudar, estudar e estudar. Fazer pós-graduação no segmento em que atua... Estar sempre em dia com as novas leis, acompanhar o máximo possível sobre o Direito como um todo e, obrigatória e necessariamente, conhecer toda a doutrina sobre a especialidade abraçada. Quando se opta por um ramo do Direito, deve-se debruçar, a toda hora, sobre assuntos relacionados ao tema.*

Nada na área deve ser despercebido. Tudo da área deve ser do conhecimento.

Fas@Jus: Um recado final...

Advogada Fernanda Joyce: *Acredito que seja importante se especializar, optar por atuar, precipuamente, em um segmento do Direito. Isto porque é difícil, ou quase impossível, ser bom em tudo, ainda mais na área do Direito, com tantas mudanças na legislação e na interpretação das leis por nossos Tribunais. É fundamental escolher uma área de atuação e buscar bons cursos, seminários, livros, para se manter atualizado. É importante também conhecer as leis, defender o interesse do cliente e, quando necessário, ir até mesmo contra o que dispõe a lei, para que se mude a interpretação desta! Além disso, acredito ser importante tratar com respeito a todos os envolvidos na nossa atividade, principalmente nosso cliente, e estender esse tratamento aos membros do Poder Judiciário, aos servidores das diversas instituições por onde passamos, a parte contrária num processo, bem como o colega advogado que a representa. Lembrando sempre que, como exposto no art. 6.º do Estatuto da Advocacia, “não há hierarquia nem subordinação entre advogados, magistrados e membros do Ministério Público, devendo todos tratar-se com consideração e respeito recíprocos”. Por fim, recomendo que, se se aventurarem pelo caminho da Advocacia, conheçam a Ordem dos Advogados do Brasil. A OAB é muito mais do que uma sala de apoio nos Fóruns ou uma banca examinadora rigorosa do Exame da OAB. É uma entidade que representa uma classe de profissionais. Mas, além disso, atua na defesa do Estado Democrático de Direito. É Formada por diversas comissões, atuando incessantemente nas defesas das prerrogativas dos seus membros. Eu me orgulho de fazer parte da OAB, ocupando atualmente o cargo de Conselheira, no Conselho de Ética da Subseção de Montes Claros.*

***ARTIGOS DO
CORPO DOCENTE***

PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO E A INFLUÊNCIA NO TRATAMENTO DADO AOS QUE ESTÃO POR NASCER NO BRASIL E ARGENTINA

Cyntia Mirella Cangussu Fernandes Sales¹

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo destacar a similitude do tratamento dispensado ao nascituro no Brasil e na Argentina a partir da adoção dos mesmos Princípios Gerais do Direito. Para tanto, se acentua a importância dos Princípios Gerais do Direito, bem como a controvérsia doutrinária acerca do tema, levando-se em conta as diversas teorias adotadas para o entendimento e aplicabilidade do instituto ao longo do tempo. Destaca também a semelhança principiológica dos países latino-americanos em virtude da mesma base cultural e jurídica.

Palavras-chave: Princípios Gerais do Direito. Nascituro. Brasil. Argentina

ABSTRACT

The scope of this paper is to emphasize the similarity of the treatment given to the unborn child in Brazil and Argentina from the adoption of the same general principles of law. Thus, it accentuates the importance of the general principles of law as well as the doctrinal controversy about the topic, taking into account the various theories adopted for understanding and applicability of the institute over time. It also emphasizes the similarity of legal principles of Latin American countries under the same legal and cultural basis of the countries in the region.

Keywords: General Principles of Law. Unborn child. Brazil. Argentina

1 INTRODUÇÃO

Os Princípios Gerais do Direito, tema controvertido entre os estudiosos, têm ganhado

destaque pela relevância prática que apresenta na atualidade, visto que, cada vez mais, têm sido utilizados nas soluções dos conflitos sociais.

Dentre tantas divergências acerca do tema, não há como negar a sua importância na estruturação e delimitação do ordenamento jurídico.

A América Latina contém regramento parecido, ante a semelhança na descoberta e exploração dos países que a compõem, gerando, por conseguinte, sociedades com culturas e hábitos similares.

Similitude estendida aos Princípios Gerais do Direito. Um mesmo princípio pode, embora com palavras diferentes, ser encontrado em vários países da América latina.

Nessa perspectiva, por compartilharem da mesma base principiológica o Brasil e a Argentina, embora divergentes em alguns aspectos, tem dispensado tratamento idêntico, na proteção e concessão de direitos, ao ser que ainda não nasceu.

O presente trabalho tem por objetivo demonstrar a semelhança de tratamento dado ao nascituro no Brasil e na Argentina, devido à adoção dos mesmos Princípios Gerais do Direito, herdados das raízes do Direito Romano por eles compartilhadas.

2 PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO – ASPECTOS GERAIS

Conceituar Princípios Gerais do Direito não tem sido tarefa fácil, ao longo do tempo, para os estudiosos das Ciências Jurídicas. Segundo Amaral (2003, p. 93), “os princípios ocupam um posto intermediário entre o valor e o conceito, aquele mais genérico e abstrato, este já uma definição.”. Entende que nos valores se encontra um maior grau de generalidade, enquanto que os princípios encerram pensamentos jurídicos que indicarão a direção em que a regra será encontrada. Segundo o autor,

¹ Advogada. Professora do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho. Especialista em Ciências Penais. Inscrita no Doutorado em Direito Civil pela Universidade de Buenos Aires.

Os princípios jurídicos são pensamentos diretores de uma regulamentação jurídica. São critérios para a ação e para a constituição de normas e modelos jurídicos. Como diretrizes gerais e básicas, fundamentam e dão unidade a um sistema ou a uma instituição. O direito como sistema, seria assim um conjunto ordenado segundo princípios (AMARAL, 2003, p. 92).

Nesse mesmo sentido, Reale (2003, p. 304) afirma que Princípios Gerais do Direito “são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas.”.

Os Princípios Gerais do Direito, na atualidade, desempenham no ordenamento, variadas funções. São considerados como a base estrutural do ordenamento jurídico, verdadeiras fontes do Direito, constituem critérios orientadores para a criação das normas jurídicas, como também exercem a função de norma de integração para preenchimento de suas lacunas.

Entre os estudiosos do Direito, porém, paira sobre o tema grande controvérsia. Divergem acerca da origem, natureza jurídica e até mesmo quanto a normatividade dos Princípios Gerais do Direito, dependendo da corrente de pensamento sob a qual se sustentam.

Reale (2003) destaca a controvérsia em relação à origem e ao fundamento dos Princípios Gerais do Direito. Explica que das várias teorias existentes, concentra seus estudos em três delas. As duas primeiras, de cunho histórico-positivista, têm como variante apenas a extensão da aplicação desses Princípios. E a terceira, de cunho filosófico, sustenta-se no ideal de justiça.

Ensina o autor que a primeira teoria, à qual chama de “Princípio de Direito Pátrio”, trata dos princípios que estão implícitos na legislação positiva, da qual são extraídos mediante um processo de indução e abstração. Nesse caso, só seriam válidos no sistema jurídico de cada nação. Constituiriam, portanto, as razões estruturais do ordenamento positivo de determinado país.

Segundo o doutrinador em assunto, essa corrente – ou tendência – é defendida por uma minoria. Pecam seus defensores ao perceberem todos os princípios de uma mesma maneira. Apregoa

Reale que alguns princípios podem ser frutos da formação histórica de um determinado país; outros, entretanto, são de aplicação universal, e portanto, seria um equívoco perceber os Princípios Gerais apenas sob a perspectiva regional.

A segunda teoria, apresentada por Reale (2003) é a chamada de “Princípios de Direito Comparado”. Tem bom base esta teoria que os Princípios Gerais não se conformam dentro dos estreitos limites do nacionalismo. Acentua que alguns Princípios Gerais do Direito estão presentes no Direito Positivo de vários países. E, mesmo apresentando distorções em sua aplicação, tratar-se-ia de um mesmo princípio.

Para essa corrente, os Princípios Gerais do Direito ganham maior relevância e objetividade, justamente quando são confirmados pelo estudo comparativo da legislação de diversos países. Reale (2003) ilustra a afirmativa em destaque da seguinte forma. Ante a existência de lacuna na legislação de determinado povo, o intérprete deveria buscar a solução encontrada por outra legislação que tenha com ela maior afinidade cultural e moral, porque os Princípios Gerais de Direito, segundo o que acreditam, seriam os Princípios de Direito Comparado aptos a solucionar o conflito social.

Por último Reale (2003) traz a lume a teoria do “Direito Natural”. Segundo ele, nessa perspectiva, os Princípios Gerais do Direito não existem tão somente em função das normas positivas, reveladas historicamente num dado país ou em várias nações, mas como Princípios universais, superiores. Destaca (REALE, 2003, p. 310) que para essa corrente, os Princípios Gerais “se legitimam como pressuposto de natureza lógica ou axiológica, isto é, como Princípios de Direito Natural.”.

Reale (2003) lembra que a ideia do Direito Natural foi solidificada com os pensadores gregos (Sócrates, Platão e Aristóteles; o último, que a estruturou). Em Roma, a teoria ganhou destaque a partir de Cícero, que difundiu a lei natural. Divulgava que a Lei Natural não precisa ser promulgada pelo legislador para ter validade. Ao contrário, é ela que confere legitimidade ética aos preceitos da lei positiva.

Pensamento no qual norteia a discussão trazida por Díaz Couselo (1971)². O autor em referência destaca que o conceito/origem dos Princípios Gerais de Direito varia conforme a posição adotada pelos juristas. Segundo o autor,

² Material discutido em sala de aula. Enero, 2012.

para os jusnaturalistas, corrente que defende, os Princípios Gerais de Direito teriam sua origem no próprio pensamento jurídico e “se referem a juízos de valor inerentes à natureza do homem.”

Amaral (2003, p. 96), porém, destaca que, embora contraditórias as correntes, não são excludentes, mas complementares, pois os Princípios Gerais do Direito “por sua amplitude abrangem tanto os princípios superiores de justiça, como também os que informam o ordenamento jurídico do País.”

Alheios à posição de Amaral (2003), anteriormente destacada, os positivistas e jusnaturalistas discordavam também quanto à normatividade dos Princípios Gerais do Direito.

Bonavides (1998) lembra que no jusnaturalismo, a normatividade dos Princípios era praticamente inexistente. E havia um reconhecimento forte da dimensão ético-valorativa da ideia de justiça. Informa (BONAVIDES, 1998, p. 234) que para os jusnaturalistas “o ideal de justiça impregna a essência dos Princípios Gerais do Direito.” Por isso, devem apenas nortear o legislador na criação das leis.

No positivismo, a visão quanto aos Princípios era diversa. Bonavides (1998) demonstra que os Princípios Gerais do Direito passam a integrar os códigos como fonte normativa subsidiária. Para essa corrente, os Princípios Gerais do Direito são extraídos da lei, e servem de fundamento para o Direito Positivo, pois expressam elementos contidos no próprio ordenamento jurídico.

Informa o autor que com o pós-positivismo a discussão quanto a normatividade dos Princípios foi aplacada e, a partir de então, restou assentado entre os adeptos dessa corrente que a norma é gênero, do qual Princípios e regras, são espécies. Cita em reforço a esse entendimento, os pensamentos de Esser, Alexy, Dworkin e Crisafulli, para quem “os princípios são normas e as normas compreendem igualmente os princípios e as regras.” (BONAVIDES, 1998, p. 243). Reforça que Esser reconhece que “o princípio atua normativamente, é parte jurídica e dogmática do sistema de normas.”

Para Bobbio (1999), os Princípios são normas como todas as outras, pois cumprem a mesma função, qual seja, regular o caso concreto. E acrescenta, quando utilizados como fontes de integração, também atuam como norma, pois passam a regular um comportamento social não regulado.

Bonavides (1998) destaca, sustentado nos pós-positivistas, que os Princípios Gerais são nor-

mas que contêm eficácia. Ora escritas, ora não escritas. Ressalta que muitos desses Princípios são encontrados no ordenamento, positivados, como acontece no plano constitucional ou mesmo elencados em códigos. Porém, a maioria dos Princípios Gerais do Direito não consta de textos legais. E são tais Princípios detentores de força normativa tanto quanto os que estão escritos, pois são aplicados eficazmente na solução dos conflitos sociais.

Rosenvald (2009) assevera que os Princípios Gerais do Direito cumprem papel positivo e negativo no ordenamento jurídico. Atuam, positivamente, influenciando na formulação de decisões; e, negativamente, quando impedem decisões que sejam contrárias aos seus postulados fundamentais.

Resta, pois, acentuada a importância dos Princípios Gerais do Direito na configuração da ordem jurídica. Seja qual for a corrente do pensamento a que se filie, ou a função que se lhes atribua, é indubitável o destaque dos Princípios no ordenamento jurídico. Assim, não há como negar a sua influência na construção, aplicação e estruturação do próprio ordenamento.

3 PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO NA AMÉRICA LATINA

As semelhanças históricas na “descoberta”, exploração e independência, ditaram a similitude cultural e modo de ser dos países latino-americanos. Identidade presente inclusive nos ordenamentos jurídicos dos países que compõe a América Latina.

Isso se deu, segundo Rabinovich-Berkman (2006), porque a incorporação do território americano pelos espanhóis, e também a efetivada no território brasileiro pelos portugueses, contou com a semelhança cultural, social e jurídica de ambos os países incorporadores.

Segundo o autor, a identidade jurídica entre esses países se dá também porque todos eles compõem da mesma herança jurídica, descendem comumente do mesmo tronco, o Direito Romano.

A conformidade dos ordenamentos da América Latina se materializa na codificação. E isso se dá, na perspectiva de Rabinovich-Berkman (2006), porque os Códigos dessas nações sofreram estreita e similar influência das codificações francesa e alemã, notadamente, firmados em raízes romanas. E facultaram a difusão das mesmas ideias entre os povos que compõem esse território da América Latina.

Identidade presente também nos Princípios Gerais do Direito porque, para Reale (2003), o homem fixado em uma mesma estrutura social tende a agir ou reagir, diante de um mesmo fato, da mesma forma, o que conduz a soluções normativas equivalentes.

Rabinovich-Berkman (2006) ressalta que os Princípios Gerais do Direito podem decorrer tanto do ordenamento, formando parte dele, como também podem decorrer de uma tradição específica, pela aplicação pacífica e reiterada de suas normas. Destaca que, ainda que não escritas, essas normas seguem como princípios fora do ordenamento, porém, são aplicadas porque estão na mente dos juristas e juízes, bem como de toda a sociedade.

No que concerne às normas escritas, os Códigos dos vários países que compõem a América Latina muito bem traduzem essa realidade. Conforme ressalta Rabinovich-Berkman (2006), o mesmo Princípio escrito em um ordenamento latino-americano será facilmente encontrado em outro, mesmo que não escrito com as mesmas palavras. Mas, comumente, traduz a ideia do mesmo Princípio Geral do Direito.

Com essa prática semelhante, os países latino-americanos compartilham o mesmo ideal de Justiça, visto que os Princípios Gerais são postulados extraídos da cultura jurídica, que fundam o próprio sistema da Ciência Jurídica.

Assim, como a América Latina teve a mesma base cultural e jurídica, é factível que, quanto aos Princípios Gerais do Direito, os tenham também na mesma medida, como preceitos fundamentais do ordenamento jurídico de cada um deles.

4 A SIMILITUDE DA PROTEÇÃO DESTINADA À PESSOA QUE AINDA NÃO NASCEU, NO BRASIL E ARGENTINA

Os Princípios Gerais do Direito têm aplicação geral, quando repercutem em todos os ramos do Direito, como o que acontece com a intangibilidade da pessoa humana. Nesse contexto, a proteção jurídica à pessoa natural, em qualquer que seja o ramo do Direito e nas mais variadas ordens jurídicas, percebe-se a intangibilidade da pessoa como princípio fundamental.

Proteção essa, destacada inclusive para as pessoas que estão por nascer. Os ordenamentos jurídicos latino-americanos têm traçado como princípio a proteção integral ao nascituro, ainda que

alguns países não lhe tenham atribuído personalidade.

Como salientado, de raízes romanas, os países da América Latina absorveram seus unificados ideais de Justiça. Destaca Rabinovich-Berkman (2011) que a proteção ao nascituro se dá pela difusão da ideia posta por Paulo, no Digesto, quando determinou que o amparo ao concebido deveria ser integral naquilo que lhe fosse benéfico.

Rabinovich-Berkman (2006), em outra obra, lembra que já no Digesto havia normas protetivas das mulheres gestantes e em alguns artigos desse dispositivo chegam a tratar o ser ainda não nascido como se nascido fosse.

Embora seja presente e frequente o dissenso entre os países componentes da América do Sul quanto ao momento da aquisição da personalidade, todos são uníssomos no entendimento de que o ser em desenvolvimento intrauterino merece a proteção do Direito.

No Brasil, o artigo 2.º do Código Civil vigente determina que “A personalidade civil da pessoa começa a partir do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”.

Apesar da contradição – conceder direitos a quem não é considerado como sujeito de direitos – apresentada pelo dispositivo em referência, o Brasil busca, com isso, preservar a integridade do concebido.

Adota a teoria natalista, a qual considera o nascimento como o marco aquisitivo da personalidade. Mas, embora o nascituro não seja pessoa para o ordenamento brasileiro, é considerado como titular de direitos, digno de proteção.

A doutrina e a jurisprudência têm amenizado essa contradição sob o entendimento de que, apesar de não se tratar de uma pessoa, deve o ordenamento primar pelos direitos que garantam um nascimento viável e que, portanto, garantam a aquisição da personalidade.

Por causa disso, o Brasil pune o aborto (arts. 124 ao 128 do Código Penal, instituído pelo Decreto Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940), e qualquer tipo de tentativa de ceifar a vida no ventre materno, pune dessa forma condutas capazes de inviabilizar o nascimento do concebido.

Além dessa proteção, vários outros direitos são garantidos ao ser que ainda não nasceu. Em 5 de novembro de 2008, foi editada a Lei 11.804, denominada Lei dos Alimentos Gravídicos, com o objetivo de garantir à gestante meios de obter aju-

da do suposto pai na manutenção de uma gravidez saudável.

A proteção ao nascituro está disseminada em todo ordenamento brasileiro. O Estatuto da Criança e Adolescente, Lei 8.069, de 13 de julho de 1990, difundiu a ideia da proteção integral ao ser em desenvolvimento inclusive em desenvolvimento gestacional. Para tanto dispôs expressamente essa proteção em vários artigos, tais como a que é encontrada em seu art. 7.º que determina: “[...] têm direito à proteção, à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.”. Além disso, apregoam o art. 8.º e seus respectivos parágrafos:

Art. 8.º É assegurado à gestante, através do Sistema Único de Saúde, o atendimento, pré e perinatal.

§ 1.º A gestante será encaminhada aos diferentes níveis de atendimento, segundo critérios médicos específicos, obedecendo-se aos princípios de regionalização e hierarquização do Sistema.

§ 2.º A parturiente será atendida preferencialmente pelo mesmo médico que a acompanhou na fase pré-natal.

§ 3.º Incumbe ao Poder Público propiciar apoio alimentar à gestante e à nutriz que dele necessitem.

Sintetizando a proteção conferida ao nascituro desde a concepção, Stolze e Pamplona (2011, p. 129 a 130), trazem um quadro esquemático que bem ilustra o tema:

- a) o nascituro é titular de direitos personalíssimos (como o direito à vida, o direito à proteção pré-natal, etc.);
- b) pode receber doação, sem prejuízo do recolhimento do imposto de transmissão inter vivos;
- c) pode ser beneficiado por legado e herança;
- d) pode ser-lhe nomeado curador para a defesa dos seus interesses (arts. 877 e 878 do CPC);
- e) o Código Penal tipifica o crime de aborto;
- f) como decorrência da proteção conferida pelos direitos da personalidade, o nascituro tem direito à realização do exame DNA, para efeito de aferição da paternidade.

Stolze e Pamplona (2011) ressaltam que, além dos que linhas atrás foram elencados, outros direi-

tos têm sido concedidos ao nascituro pela jurisprudência brasileira, como as decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ). Em 2002, o Tribunal em destaque beneficiou o nascituro com indenização por danos morais sofridos em decorrência do atropelamento e morte de seu pai.

Recentemente, também o Tribunal Regional do Trabalho (TRT) da 24.ª Região determinou o restabelecimento do vínculo trabalhista da mãe gestante como garantia do bem-estar do nascituro, conforme Processo n.º 0046500-15.2009.5.24.0003, que teve como Relator o Desembargador Amaury Rodrigues Pinto Júnior (voto vencido) e, como Revisor, o Desembargador André Luís Moraes de Oliveira.

Com essas medidas, o ordenamento brasileiro só não diz expressamente que o nascituro é pessoa, mas todo ele se coaduna com essa ideia, conferindo cada vez mais direitos ao ser que se encontra no ventre materno.

Na Argentina, adota-se a teoria concepcionista. Sustentado na ideia do jurista brasileiro Teixeira de Freitas, o Código Civil Argentino, Lei 340, de 1.º de janeiro de 1871, apregoa no seu artigo 70 que “Desde La concepcion em el seno materno comienza la existência de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiensen nacido [...]”.

Segundo Ghersi (2011), ao afirmar que a existência da pessoa se dá ainda no ventre materno, a Lei Civil acentua que é a concepção a esfera de imputação na qual se reconhece direitos a esse ser que ainda não nasceu.

Ao contrário do brasileiro, o sistema argentino é coerente com o reconhecimento da personalidade na concepção do ser humano, para que possa atribuir direitos e dispensar a proteção necessária ao nascituro, visto que destaca no artigo 30, do Código Civil vigente naquele país vizinho, que “Son personas todos los entes susceptibles de adquirir derechos, o contraer obligaciones.”.

Nesse contexto, o Código Penal de La Nación Argentina, nos artigos 85 a 88 pune o aborto tanto quanto o brasileiro, e permite a sua efetivação somente em algumas situações excepcionais nele definidas.

O Código Civil da República Argentina trata, sob os Título III e IV, respectivamente, das pessoas por nascer e a existência das pessoas humanas antes do nascimento. Sob esses signos, o legislador argentino traça o momento da aquisição da personalidade, define quem é considerado como

nascituro e traz expresso no artigo 64 o direito de representação do nascituro indicando a sua possibilidade de adquirir bens por doação ou por herança, bem como as regras para que essa representação se configure e tenha termo.

Segundo Gherzi (2011, p. 113), com a difusão dos Direitos Humanos se tem percebido uma ampliação na proteção ao nascituro. Questões antes ignoradas têm sido atualmente consideradas. Destaca, “Consolidando um derecho pre-nacimiento frente a situaciones tales como el trabajo como médio de agresion al concebido o el derecho de alimentos durante el embarazo, etc.”.

Apesar de manterem distintos o momento da aquisição da personalidade, percebe-se idêntico sistema de proteção aos que estão por nascer, no Brasil e na Argentina, fato atribuído à consideração de um mesmo princípio geral de proteção à vida humana.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os Princípios Gerais do Direito, há muito, despertam a atenção dos estudiosos. E, por sua importância, cada vez maior nos ordenamentos jurídicos vêm assumindo posição de destaque.

Como base de sustentação e estruturação do ordenamento jurídico, os Princípios Gerais delimitam o seu senso de Justiça.

A América Latina possui uma base social comum, por isso aplica e difunde os mesmos Princípios Gerais nos países que a integram.

Traço perceptível no tratamento dado ao ser que ainda não nasceu. O Brasil e Argentina, embora adotando teorias distintas no que concerne ao momento da aquisição da personalidade, dispõem ao nascituro regras de proteção idênticas, por compartilharem da mesma base principiológica, fruto da herança greco-romana também compartilhada por esses países.

Acentua-se pois, com esses elementos, a identidade perpetuada pelos Princípios Gerais do Direito nos países detentores da mesma base social e cultural ou que descendam de uma mesma raiz jurídica, pois se utilizam dos Princípios Gerais do Direito para a solidificação de ordens jurídicas semelhantes.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ARGENTINA. Lei 340, de 29 de setembro de 1869. *Código civil de la Republica Argentina*. Buenos Aires: La Ley, 2011.

ARGENTINA. Ministerio de Economía y Finanzas Públicas. Centro de Documentación e Información. Información legislativa. Disponível em: <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/1500019999/16546/texact.htm#15>>. Acesso em: 7 mar. 2015.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: Ed. UnB, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. 2.^a tiragem.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial [da] República dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro, DF, 31 dez. 1940, retificada em 31 jan. 1941.

BRASIL. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 16 jul. 1990 e retificada em 27 set. 1990.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 11 jan. 2002.

BRASIL. Lei 11.804, de 5 de novembro de 2008. Disciplina o direito a alimentos gravídicos e a forma como ele será exercido e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 6 nov. 2008.

CARVALHO. *Direito constitucional didático*. 8. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil*: teoria geral. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

GHERSI, Carlos A. *Manual parte general derecho civil: comercial y de consumo*. Buenos Aires: La Ley, 2011.

_____. *Derechos fundamentales de la persona humana*. Buenos Aires: La Ley, 2004.

MATO GROSSO DO SUL. Poder Judiciário. Tribunal Regional do Trabalho da 24.^a Região. Disponível em: <<http://www.trt24.jus.br/jurisprudencia/index.jsf>>. Acesso em: 6 mar. 2015.

MORRISON, Wayne. *Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo*. Tradução de Jefferson Luís Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo. *Principios generales del derecho latinoamericano*. Buenos Aires: Astrea, 2006.

_____. *Um viaje por la historia del derecho*. Buenos Aires: Quorum, 2007.

_____. *Derecho civil: parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 2011.

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

_____. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

O PENSAMENTO EGOLÓGICO NA TEORIA DE CARLOS CÓSSIO: a experiência jurídica para além do fixionismo normativo estrutural

Rafael Soares Duarte de Moura¹

Quando se pensa a estrutura normativo-jurídica proposta pela clássica corrente de pensamento kelseniana, tem-se que analisar a necessidade da época em que foi desenvolvido o pensamento de uma Teoria Pura do Direito, de sorte que, à época, a afirmação do Direito, enquanto ciência, deveria possuir critérios marcadamente definidos por uma linguagem epistêmica e, por conseguinte, lógica. Deve-se ressaltar que o pensamento desenvolvido por Hans Kelsen se apresenta dentro de toda a escola normativista, surgida dentro da tradição juspositivista.

O normativismo é uma escola do pensamento jurídico de matriz juspositivista surgida no início do século XX. Por ser juspositivista, o normativismo jurídico aceita os seus dois principais postulados, quais sejam: a) limitação do objeto de estudo ao direito posto, ou seja, efetivamente existente na realidade social, o que traz como consequência a negação da existência de qualquer ordem jurídica metafísica, tal como a do direito natural; b) assunção de uma postura epistemológica orientada rumo à valoratividade e à construção de um discurso científico rigoroso, no que se percebe a influência do Círculo de Viena de Carnap, Neurath e Schlick (MATOS, 2011, p. 45).

Convém, como complemento da fala sobre a tradição juspositivista, transcrever a seguinte e valorosa doutrina:

Assim como a lei natural é uma afirmação ou enunciado descritivo da natureza, e não o objeto a descrever, assim também a lei jurídica é um enunciado ou afirmação descritiva do Direito, a saber, da proposição jurídica formulada pela ciência do Direito, e não o objeto a descrever, isto é o Direito, a norma jurídica. Esta – se bem que, quando tem caráter geral, seja designada como “lei” – não é uma lei, não é algo que, por qualquer espécie de analogia com a lei natural,

possa ser designado como “lei”. Ela não é, com efeito, um enunciado pelo qual se descreva uma ligação de fatos, uma conexão funcional. Não é, sequer, um enunciado, mas o sentido de um ato com o qual se prescreve algo e, assim, se cria a ligação entre fatos, a conexão funcional que é descrita pela proposição jurídica, como lei jurídica (KELSEN, 2003, p. 90).

Tem-se que “la teoría del Derecho se encamina en busca de un nivel de mayor certeza al subordinar las valoraciones contenidas en las normas de Derecho positivo a un aparato lógico-formal.” (CATALINI, 1991-1992, p. 50).

Kelsen, nesse sentido, realiza uma crítica à ciência jurídica, consubstanciada por reflexões desenvolvidas que atentam-se para “las formas propias del pensamiento de los juristas, de suerte que sus indagaciones no tienen un carácter empírico, sino lógico y metodológico” (CATALINI, 1991-1992, p. 51). Exatamente nessa busca por uma identificação própria da ciência jurídica, um encontro identitário, enquanto ciência positiva, conduz o pensamento kelseniano ao expurgo de tudo o que possa ser considerado como externo à ciência jurídica. Em suas palavras, tem-se que:

Al calificarse como Teoría Pura, indica que entiende constituir una ciencia que tenga por único objeto el Derecho e ignore todo lo que no corresponda estrictamente a su definición. El principio fundamental de su método es pues eliminar de la Ciencia del Derecho todos los elementos que le son extraños (KELSEN, 1963).

Como interpretação de Kelsen, busca-se pelas palavras de Matos (2011, p. 46), para quem “Na Teoria Pura do Direito Kelsen se preocupa com a forma do direito, acolhendo a lição de Aristóteles, para quem só é possível fazer ciência do universal, eis que o particular escapa à capacidade generalizante e sintetizante própria do entendimento humano.”.

¹ Doutorando em Direito pela Universidade de Brasília (UnB), Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, onde também se graduou. Professor de Direito Constitucional. Coordenador do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho.

Percebe-se que, em sendo o objeto da ciência jurídica, o Direito, deve-se buscar uma “pureza”, enquanto necessária para que sua “identidade” seja encontrada, verificada e preservada. Não é sem menos que Kelsen denuncia o fato de que

la Ciencia del Derecho se ha ocupado de la Psicología y la Biología, de la Moral y la Teología. Puede decirse que hoy no hay dominio científico en el cual el jurista no se considere autorizado a penetrar, más aún, estima que su prestigio científico se jerarquiza al tomar conocimiento de otras disciplinas. El resultado no puede ser otro que la ruina de la verdadera ciencia jurídica (KELSEN, 1963, p. 50).

Em outra obra, Kelsen (2003, p. 37) leciona que

Como ordem coativa, o Direito distingue-se de outras ordens sociais. O momento coação, isto é, a circunstância de que o ato estatuído pela ordem como consequência de uma situação de fato considerada socialmente prejudicial deve ser executado mesmo contra a vontade da pessoa atingida e – em caso de resistência – mediante o emprego da força física, é o critério decisivo.

Em meio à construção e uma ciência jurídica estruturalmente calcada em fundamentos próprios, Kelsen apresenta dois expurgos necessários. O primeiro se dá em relação “la primera, purifica al Derecho de su relación estricta con las demás ciencias llamadas ‘causativas’: la Sociología y la Psicología.” (CATALINI, 1991-1992, p. 50), consideradas como áreas epistemológicas externas ao Direito, em quanto objeto da ciência jurídica. O segundo expurgo “elimina del Derecho el aspecto ético valorativo del ideal de justicia. Este ultimo considerado como emocional y extracientífico es desterrado a la Política, Etica y Filosofía de la Justicia como la denomina a la Filosofía Jurídica.” (CATALINI, 1991-1992, p. 50). Observe-se que

essas duas eliminações, uma epistêmica e outra ético-valorativa pavimentam a construção de uma compreensão diferenciada do Direito e do seu estudo.

Assim, analisar da maneira mais fiel possível determinado objeto de estudo não é, como querem os pós-modernos, heresia ou tolice. Trata-se apenas de uma postura gnoseológica que prefere – e nessa preferência está a semente da ideologia juspositivista – descrever a realidade mediante juízos de fato, rechaçando as proposições pseudocientíficas assentadas sobre juízos de valor (MATOS, 2011, p. 43).

No campo das definições e conceituações, mostra-se que,

A Ciência Jurídica, porém apenas pode descrever o Direito; ela não pode, como o Direito produzido pela autoridade jurídica (através de normas gerais ou individuais), prescrever seja o que for. Nenhum jurista pode negar a distinção essencial que existe entre uma lei publicada no jornal oficial e um comentário jurídico a essa lei, entre o Código Penal e um tratado de Direito Penal (KELSEN, 2003, p. 82).

Percebe-se com isso que a ciência jurídica, enquanto normativa, não se restringe a mera prescrição de normas, mas, não se deve obliterar dois elementos de calibre, quais sejam: a observação normativa por um olhar objetivo, técnico e “imparcial”², bem como a análise do conteúdo normativo³, enquanto fruto das demandas e necessidades sociais que categorizam a licitude ou não dos comportamentos e atos em sociedade sistematizados em uma cadeira validativa em cujo centro gravitacional se acha a norma fundamental.

Proposições jurídicas são juízos hipotéticos que enunciam ou traduzem que, de conformidade com o sentido de uma ordem jurídica nacional ou internacional dada ao

² O papel da ciência jurídica, segundo Kelsen, seria análogo ao da ciência natural: proceder à descrição de seu objeto através da formulação de leis. Por isso, Kelsen admite que a proposição jurídica seja também denominada “lei” jurídica, à semelhança da expressão “lei” natural e, nessa analogia não importa a diferença do objeto da ciência jurídica e o da ciência natural. Enquanto ciências, ambas se destinam a descrever o objeto de que se ocupam e tanto a lei natural como a lei jurídica são instrumentos para a descrição de uma conexão funcional (AFONSO, 1984, p. 224).

³ Kelsen insiste na diferença existente entre as normas jurídicas, objetos formais da ciência do direito, e as proposições jurídicas (Rechtssätze) que as descrevem. As primeiras, são criadas pelas fontes produtoras de Direito, tais como o legislador e o juiz; as segundas, constituem o resultado teórico do estudo das normas jurídicas, cabendo a sua criação unicamente ao cientista do Direito. Este não estatui normas jurídicas, apenas as descreve mediante procedimentos científicos e tendo em vista a categoria básica que lhes confere realidade, qual seja, a validade (MATOS, 2011, p. 48).

conhecimento jurídico, sob certas condições ou pressupostos fixados por esse ordenamento, devem intervir certas consequências pelo mesmo ordenamento determinadas. As normas jurídicas, por seu lado, não são juízos, isto é, enunciados sobre um objeto dado ao conhecimento. Elas são antes, de acordo com o seu sentido, mandamentos e, como tais, comandos, imperativos. Mas não são apenas comandos, pois também são permissões e atribuições de poder ou competência. Em todo o caso, não são, como, por vezes, identificando Direito como Ciência Jurídica, se afirma – instruções (ensinamentos). O Direito prescreve, permite, confere poder ou competência – não “ensina nada.” (KELSEN, 2003, p. 80-81).

Quanto à cadeira validativa, tratada no parágrafo anterior, cabe a ilustração com as seguintes letras:

Dado que o fundamento de validade de uma norma somente pode ser uma outra norma, esse pressuposto tem de ser uma norma: não uma norma posta por uma autoridade jurídica, mas uma norma pressuposta, quer dizer, uma norma que é pressuposta sempre que o sentido subjetivo dos fatos geradores de normas postas de conformidade com a Constituição é interpretado como o seu sentido objetivo. Como essa norma é a norma fundamental de uma ordem jurídica, isto é, de uma ordem que estatui atos coercivos, a proposição que descreve tal norma, a proposição fundamental da ordem jurídica estadual em questão, diz: devem ser postos atos de coerção sob os pressupostos e pela forma que estatuem a primeira Constituição histórica e as normas estabelecidas em conformidade com ela (KELSEN, 2003, p. 224). O centro gravitacional do projeto universalista de Kelsen radica-se no conceito de norma jurídica, dever-ser objetivo mediante o qual caracterizamos o Direito enquanto uma ordem sancionatória diversa das demais – v.g., moralidade social, religiões – graças à possibilidade de reconduzir todos os elementos do sistema a uma instância unificadora chamada de norma fundamental (Grundnorm) (MATOS, 2011, p. 46).

Verificar, portanto, mediante critérios lógico-objetivos o processo, produção e aplicação normativa, observando-se a complexidade de um

sistema e a coerência que se deva guardar, como requisito de validade e funcionalidade da parte normativa com o sistema jurídico como um todo, apresenta-se como ponto nevrálgico do pensamento kelseniano, base elementar para toda a produção teórica de Carlos Cósio.

En sentido kelseniano, la Jurisprudencia debe ser una ciencia normativa no porque da o prescribe normas, sino porque las describe neutralmente, las estudia, las considera su objeto científico. Su objeto es únicamente la norma ya sea desde una perspectiva estática, esto es, analizando la relación de las normas en un sistema coherente, ya desde un punto de vista dinámico, en su producción y aplicación (CATALINI, 1991-1992, p. 51-52).

Não pode passar desapercibido que o pensamento kelseniano deita raízes, igualmente, na teoria egológica de Husserl que se passa a expor, em apertada síntese, para que se possa melhor compreender o pensamento de Carlos Cósio.

Não é sem relevância a construção teórica husserliana de uma fenomenologia que se pretenda ao desenvolvimento do pensar que vise a conferir ao pensado, ao reduzido pelo seu método fenomenológico, uma universalidade valorativa, uma certeza que em muito se afastaria da ciência empírica⁴. “Husserl irá conferir às ciências das essências – ciências eidéticas – uma dignidade ontológica. Sobre o tema, há a seguinte doutrina:

Convencido da excelência da tradição intelectual do ocidente e da dignidade suprema do espírito científico, Husserl inquietase com as bases inconstantes em que se assenta o edifício do saber. [...] a lógica, a ciência das ciências, onde cedo perceberá Leibniz o germe de uma *mathesis universalis*, permanecerá a grande preocupação da sua vida. A fenomenologia transcendental será uma *mathesis universalis* pensada até o fim. Daí, essa concepção do trabalho filosófico exposto no famoso artigo sobre a filosofia enquanto ciência do rigor e que mereceu tanta notoriedade (LÉVINAS, 1997, p. 12).

A própria fenomenologia enquanto análise da consciência constituinte será, segundo Husserl, uma ontologia e uma ciência eidética.” (LÉVINAS, 1997, p. 28).

⁴ Para reflexão aprofundada e diálogo crítico sobre a temática, Cf. HUSSERL, 1989.

A filosofia, porém, é por essência uma ciência dos inícios verdadeiros, das origens, dos *rizómata pánton*. A ciência do radical tem que proceder também radicalmente, e sob todos os respeitos. Sobretudo ela não deve descansar antes de ter chegado aos seus inícios, isto é, aos seus problemas absolutamente claros, aos métodos delineados no próprio sentido desses problemas, e ao campo ínfimo da elaboração das coisas de apresentação absolutamente clara (HUSSERL, 1965, p. 72).

Essa ciência, baseada apenas em postulados teóricos desenvolvidos na exterioridade do humano, e, portanto, imbuídos de uma limitação racional clara, não alcançaria a verdadeira visão de mundo que seria proporcionada pela redução fenomenológica.

A fenomenologia teria, então, por meta remontar a consciência reduzida, questionar e tornar a questionar a suposta suficiência do mundo dado na evidência ingênua do homem-no-mundo ou do ser dado como mundo, depois de ter descoberto que, na intuição dirigida sobre o mundo, ou em uma consciência integrada ao mundo em forma de consciência psicológica, o pensamento nunca é suprido pela presença daquilo que ele visa, mas se abre por um processo de preenchimento infinito (LÉVINAS, 2008, p. 40).

É exatamente este anseio por dotar o pensar filosófico de parâmetros científicos que garantissem um rigor ao pensar, que não se afasta em absoluto da forma e da maneira pelas quais às ciências da natureza concebiam o processo de validação da ideia, do pensar e da produção de conhecimento que Husserl procura

desancorar a lógica das ciências historicamente dadas ou possíveis, para radicá-la na intencionalidade da consciência, num trabalho da superação da lógica formal em direção à lógica transcendental. Com isto, Husserl pretende que a lógica seja essencialmente filosófica tanto quanto o foi para Platão. À lógica transcendental de Husserl confia, pois, a tarefa de garantir a rigorosa cientificidade específica da Filosofia e a fundação das ciências particulares, não em sua mera ordenação formal (SOUZA; OLIVEIRA, 2001, p. 111-112).

Se para Husserl “Descartes inaugura um novo tipo de filosofia. Com ele, a filosofia muda totalmente de estilo e passa radicalmente do objetivismo ingênuo ao subjetivismo transcendental.” (HUSSERL, 1990, p. 46), reconhece o mestre de Lévinas que muito a Fenomenologia deve a este pensador que assentou as primeiras pedras que deram suporte fundamental para o desenvolvimento de uma ontologia pautada pelo rigor da ciência. Dessa forma,

os novos impulsos que a fenomenologia recebeu devem-se a René Descartes, o maior pensador da França. É pelo estudo das suas Meditações que a nascente fenomenologia transformou-se em um novo tipo de filosofia transcendental. Pode-se quase denominá-la um neocartesianismo, ainda que ela se tenha visto forçada a rejeitar quase todo o conteúdo doutrinário conhecido do cartesianismo, pelo próprio fato de ter conferido a certos termos cartesianos um desenvolvimento radical (HUSSERL, 1990, p. 43).

Ocorre que Husserl critica a natureza dividida do ego proposta pelo pensamento descartiano. “Descartes [...] faz do ego uma *substantia cogitans* separada, um *mens sive animus* humano, ponto de partida de raciocínios de causalidade. É essa confusão que fez de Descartes, o pai do contrassenso filosófico, que é o realismo transcendental.” (HUSSERL, 1990, p. 58). Dessa forma, “Husserl aborda o problema da certeza e o fundamento do saber de forma estranha a Descartes. Para ele, trata-se menos de assegurar a certeza das proposições do que de determinar o sentido que a certeza e a verdade podem ter para cada domínio do ser.” (LÉVINAS, 1997, p. 12). Proposta estaria a tarefa de “explorar o campo infinito da experiência transcendental.” (HUSSERL, 1990, p. 69).

Essa cientificidade surge como necessidade mesma diante do desejo de se enriquecer o desenvolvimento do pensamento filosófico com os critérios seguros que sustentam a produção das ciências⁵. Tudo isso em uma perspectiva que busca se afastar de certo abstracionismo advindo do que foi chamado por Husserl de ilusão transcendental, ao mesmo tempo em que se procura o estabelecimento de uma via nova em relação a mesma ciência, via essa que se afasta de

⁵ Para maior aprofundamento, Cf. MARCONI, D. *Filosofia e scienza cognitive*. Roma-Bari: Laterza, 2001.

conceituações científicas que suplantaram a realidade observada e alcançaram a abstração teórica que prescindem do homem como observador e criador. Dessa forma, a propositura do método fenomenológico “não leva apenas a uma terminologia mais fixa e mais precisa. Ela introduz-nos numa nova dimensão de inteligibilidade.” (LÉVINAS, 1997, p. 23).

Husserl tece profundas críticas a forma com que “na base das ciências exactas humanas ou físico-matemáticas” se apresenta “um mundo dado que se presta assim ao seqüestro e a manipulação.” (LÉVINAS, 1984, p. 16). Assim, o conhecimento científico é, igualmente, alvo de um profundo refletir, um refletir a própria reflexão científica. Chega-se, portanto o momento em que

haja necessidade de uma filosofia distinta do “bom senso” e da pesquisa científica – eis em que consiste a novidade do criticismo. O kantismo, no qual se concorda ver o “começo do fim” da filosofia, terá sido o momento decisivo desse apelo a uma filosofia diferente da ciência. Momento caracterizado pela denúncia da ilusão transcendental – da malícia radical na boa-fé ou numa razão inocente de todo o sofisma e que, paradoxalmente, Husserl chamou ingenuidade. [...] o fato de que a razão possa ser ingênua e ainda insuficiente desperta, que ela deva desconfiar de sua segurança (LÉVINAS, 2008, p. 34).

Husserl sustenta que o conhecimento da vida, a aferição dele por meio do pensar, se daria por meio de um mundo já existente; “o saber apóia-se em coisas dadas num mundo dado, a que chamará mundo da vida, a famosa *Lebenswelt*.” (LÉVINAS, 1984, p. 16). Fato que comporta o seguinte ensinamento:

O que Husserl entende por *Lebenswelt*? É o mundo histórico-cultural concreto, sedimentado intersubjetivamente em usos e costumes, saberes e valores, entre os quais se encontra a imagem do mundo elaborada pelas ciências. Para Husserl, o mundo da vida é um a priori dado como subjetividade transcendental. O erro do objetivismo foi esquecê-lo (SOUZA; OLIVEIRA, 2001, p. 511).

Esse conhecimento em discussão se dá por meio da intuição, meio pelo qual se viabiliza o conhecimento fenomenológico.

Mas, é precisamente próprio da filosofia,

desde que remonte às suas origens extremas, o seu trabalho científico situar-se em esferas de intuição direta, e constitui o maior passo a dar pela nossa época, reconhecer-se que a intuição filosófica no sentido autêntico, a percepção fenomenológica do Ser, abre um campo imenso de trabalho e leva a uma ciência que, sem todos os métodos indiretamente simbolizantes e matematisantes, sem o aparelho das conclusões e provas, não deixa de chegar a amplas intelecções das mais rigorosas e decisivas para toda a filosofia ulterior (HUSSERL, 1965, p. 73).

Neste mundo da vida se daria todo o processo de descoberta e significação. Seria ele uma realidade dada, pré-existente ao observador.

O investigador da natureza não se dá conta de que o fundamento permanente de seu trabalho mental, subjetivo, é o mundo circundante vital, que constantemente é pressuposto como base, como terreno da atividade, sobre o qual suas perguntas e seus métodos de pensar adquirem um sentido (HUSSERL, 2002, p. 90).

Percebe-se que, apesar dessa realidade preexistente, não há um determinismo na produção do conhecimento. Esta noção de fixidez não existe para Husserl, pois o pensamento não é condicionado pela imersão do homem no horizonte histórico, que se apresenta como um espaço temporal do futuro, ou seja, “é aberto ao infinito, ele é vazio, indeterminado e apela ao preenchimento. O horizonte do passado já está preenchido e posto à vista do presente. E é o presente que Husserl chama de horizonte de historicidade.” (SOUZA; OLIVEIRA, 2001, p. 13-14). Este, apesar de ser fator influenciador das cogitações, possibilita rupturas com a realidade dada por meio do pensar.

O sujeito e o homem encontram-se englobados pelo mundo histórico-cultural: o mundo da vida. Esse atua como fator mediador do que se dá do objeto na consciência. O *Lebenswelt* não é uma soma de objetos, mas o mundo do subjetivo do qual emerge toda a atividade humana. O homem exerce sua função de criar fatos culturais no mundo da vida. Entre esses fatos, está o mundo objetivo da ciência e dos instrumentos técnicos. Também esses são produtos históricos com finalidade e procedimentos que mudam. A categoria de “horizontes” supõe que cada experiência, cada dado ou cada palavra se encontra num

nexo global de sentido proveniente da intencionalidade subjetiva. Os dados e as experiências singulares compartilham ser e sentido com a totalidade na qual se inserem. O horizonte, entretanto, constitui uma totalidade aberta e viva (SOUZA; OLIVEIRA, 2001, p. 513).

É nesta esteira do rigorismo científico, que permeia todo o pensamento husserliano, que a visão pautada pela transcendência é deixada de lado, pois a construção da consciência se verifica por meio da redução da qual provém a ideia formada do próprio objeto resultante desta por meio da evidência⁶ dada na epoché⁷ – εποχή. “Pode-se dizer assim que εποχή é o método universal e radical pelo qual me percebo como eu puro, com a vida de consciência pura que me é própria, vida na qual e pela qual todo mundo objetivo existe para mim exatamente da forma como existe para mim.” (HUSSERL, 1990a, p. 38). Neste sentido:

Así, la evidencia es un modo universal de la intencionalidad referido a la vida de conciencia en su conjunto; gracias a Ella la conciencia tiene una estructura teleológica universal, una inclinación a la “razón” y aun una tendencia continua hacia ella; tiende, en efecto, a comprobar la corrección y a suprimir las incorrecciones (HUSSERL, 1962, p. 169).

Deve-se compreender que a subjetividade, aqui, é diferente do que predica Lévinas, pois, a consciência subjetiva se pauta pela compreensão egolátrica dos fenômenos reduzidos. Isto é, o Eu, por meio da sua própria percepção, é que se coloca como autor, senhor próprio da produção perceptiva da vida. Neste sentido, tem-se que

A subjetividade realiza, então, as operações constitutivas da vida de experiência, e ela possui igualmente estruturas invariantes.

Ela é, antes de tudo, uma estrutura significativa e, justamente por isto, não se define apenas em função dos atos intencionais, mas também dos conteúdos noemáticos destes. Põe-se, então, para Husserl, a questão da constituição da subjetividade, pois os vividos têm uma gênese temporal e uma historicidade. O Ego transcendental é essencialmente temporal (SOUZA; OLIVEIRA, 2001, p. 19).

A subjetividade husserliana se evidencia na medida em que a consciência, por meio do exercício da intencionalidade, seria anunciadora do sentido. “A consciência de si determina, pois, o sujeito [...] mais do que uma simples constatação do seu exercício, é inteligência e, por conseguinte, luz e liberdade. Ela cumpre-se na consciência imanente do tempo.” (LÉVINAS, 1997, p. 53).

A constituição ou a explicação do sentido de um Eu diferente que eu, partindo da analogia entre corpos animados – síntese passiva, realizando-se no eu primordial – arranca o eu da sua hipótese, do aqui, já que seu caminhar de sonâmbulo não basta para separar do centro do mundo. [...] Mas, Husserl não separará o viver da vida e a presença, condição do discurso filosófico. Com ele, a própria espiritualidade do espírito permanece sempre saber. E essa necessidade para a filosofia de permanecer, enquanto saber, saber da presença e do ser, não poderá, tanto em Husserl como no conjunto da filosofia ocidental, não significar a última figura do significativo (sensé) ou, o que dá no mesmo, esta necessidade só poderá significar que o significativo (sensé) tem seu sentido, no fundamental, no Mesmo. O espírito permanece fundamentado na presença do ser, ele é o acontecimento desta presença (LÉVINAS, 2008b, p. 50-51).

O sujeito, em posição de passividade, no sentido de receptividade, ante o objeto analisado, se-

⁶ Na evidência a coisa ou o “fato” não é somente vista, de maneira distante e inadequada; ela própria está presente diante de nós, e o sujeito que julga tem dela uma consciência imanente. Um juízo que se limita a uma simples presunção, se é passado na consciência à evidência correlativa, ajusta-se às coisas e aos “fatos” em si. Essa passagem tem um caráter especial, pela qual a simples intenção vazia se preenche e se completa; ela assume o caráter de uma síntese pela recuperação exata da intuição e da evidência correspondente, a intuição evidente de que essa intenção, até então “distanciada da coisa”, é exata (HUSSERL, 1990a, p. 26).

⁷ Para realizar tal programa, Husserl recorre a “Epoché” ou Redução de todos os nossos conhecimentos científicos e filosóficos, isto é, precisamos fazer suspensão de nossos juízos sobre as coisas. Pela “Epoché” começamos a duvidar das crenças acerca da transcendência, desenvolvidas pela subjetividade mundana e pelos ensinamentos que nos foram transmitidos a respeito das coisas, sedimentados pela tradição e pela cultura. Husserl ainda diz que este ponto de partida é o mesmo de Descartes, mas não confundível com ele. Com efeito Descartes chegou ao Ego Cogito mas deu a este uma interpretação substancialista, ou seja “mens” separada do corpo, tendo por garantia de existência a transcendência divina (SOUZA; OLIVEIRA, 2001, p. 20).

ria, então, conectado ao mundo, por meio dessa consciência intuitiva anunciadora de sentido.

A fenomenologia husserliana impregnada de razão enquanto presença do ser em original, e invocando como princípio dos princípios – como racionalidade da razão – a intuição, foi entretanto a crítica mais rigorosa da evidência e isso até na evidência dos encadeamentos lógico-matemáticos (que a fenomenologia, no entanto, preservou contra toda psicologização, a ponto de passar, notadamente após os Prolegômenos, por sua suprema garantia). [...] Às vezes, na obra husserliana, o recurso ao subjetivo toma a aparência de grande preocupação com a subjetividade. Tanto é verdade que, à guisa de psicológico, o subjetivo pertence a totalidade do mundo e do ser. Assim, na sua *Psicologia fenomenológica*, os modos subjetivos do aparecer do mundo e da natureza – as *Erscheinungsweisen*, os aspectos do real que variam segundo as orientações e movimentos do corpo – e, mais profundamente ainda, a camada hilética do vivido, em sua função de sumários, ou “silhuetas” (*Abschattungen*) constituindo “os aspectos subjetivos” do objeto (e mesmo a camada hilética despojada dessa função e considerada como vivida por ela mesma) – e, sem dúvida, aquém destas orientações subjetivas, as condições sociais da pesquisa e da identificação do verdadeiro (de que Husserl não fala) – tudo isso ainda é ser e faz parte do mundo. A ponto de se prolongar nas instituições de pesquisas, laboratórios e anfiteatros das Universidades que orientam estas “condições” do aparecimento do “ser uma sua verdade” fazem evidentemente parte do ser e do mundo e justificam a recuperação do psíquico pela objetividade e pela extensão da ciência à psicologia. [...] sua descrição fenomenológica é um caminho privilegiado que leva à Redução, isto é, ao “absoluto” da consciência cujo sentido não é mais devedor a nada que seja existência no mundo. [...]. A necessidade de ir em direção ao sujeito e de refletir sobre a consciência e a vida intencional em que o mundo e os objetos estão “noematicamente” presentes é, seguramente, motivada de vários modos, nos diversos momentos da apresentação da obra husserliana, enquanto o gesto motivado é sempre o mesmo (LÉVINAS, 2008b, p. 36-37, grifos nossos).

O mundo adentraria na consciência de forma que, ao proclamar uma coisa como ela mes-

ma, seria conferido o sentido e, desta forma, poderia essa coisa ser definida como linguagem mesma, na “absoluta claridade do estar dado.” (HUSSERL, 1990b, p. 29).

O outro, nesta visão de subjetividade, não tem nenhuma esfera de interferência nesta produção, pois este outro é também um definidor próprio dos fenômenos da vida, produzindo, de forma, até mesmo, absolutamente diversa do seu igual, valorações e conceituações advindas da redução, por meio da qual seriam descobertas “as potencialidades ‘implicadas’ nas atualidades da consciência.” (HUSSERL, 1990a, p. 64). Portanto, “tudo o que vale para mim vale também para todos os outros homens, que me estão à mão no meu mundo circundante. Experimentando-os como homens, compreendo-os e os aceito como ‘eu’, qual eu sou.” (HUSSERL, 2006, p. 61).

A “redução” tratada no tópico anterior, merece ser explicada: “A redução seria um despertar em que desponta uma racionalidade do pensamento – significância de sentido – que rompe com as normas que ordenam a identidade do mesmo.” (LÉVINAS, 2008b, p. 41). Ou ainda:

A redução fenomenológica é, pois, uma operação pela qual o espírito suspende a validade da tese natural da existência para estudar o seu sentido no pensamento que a constitui e que, ele próprio, já não é um aparte no mundo, mas anterior ao mundo. Voltando, assim às primeiras evidências, encontro simultaneamente a origem e o alcance de todo o meu saber e o verdadeiro sentido da minha presença o mundo. [...] a evidência da realidade do mundo nunca está concluída. [...] a infinita regressão que a questão parece impor resolve-se graças à idéia do retorno sobre si (LÉVINAS, 1997, p. 48).

Observa-se, neste ponto de reflexão, que o individualismo do humano não se apresenta como algo questionável por Husserl, pois o que se apresentava como mais importante para um dos pais da fenomenologia era justamente desenvolver todo um método que proporcionasse às ciências humanas uma forma afastada das improbabilidades e incertezas da abstração e da transcendência. Dessa forma, o indivíduo torna-se, nessa busca por critérios que proporcionem uma maior segurança conceitual, afastando-se das incertezas e abstrações, sujeito e objeto a ser analisado⁸.

⁸ Para reflexão aprofundada e diálogo crítico sobre a temática, Cf. HUSSERL, Edmund. *L'idea di Europa, a cura di corrado sinigaglia*. Milano: Raffaello Cortina, 1999, p. 44.

Será necessário fazer a redução da consciência mundana ou empírica, do fatural, para se chegar à consciência transcendental em sua forma universal da temporalidade. O paradoxo da subjetividade humana, segundo Husserl, é ser sujeito para o mundo e ao mesmo tempo objeto no mundo. A subjetividade constitui o mundo e é também constituída no mundo (SOUZA; OLIVEIRA, 2001, p.13).

O pensamento husserliano é permeado em toda a sua extensão por critérios que se utilizam de instrumentais lógico-sistemáticos, ainda que os tenha acrescido a uma percepção fenomênica, que, juntos, evidenciaríamos o mundo analisado por meio da síntese de identificação.

Assim, o cogito tem consciência de seu *cogitatum* não em um ato não diferenciado, mas em uma “estrutura de multiplicidades” de caráter noético e noemático bem determinado, estrutura coordenada de maneira essencial com a identidade desse *cogitatum* determinado (HUSSERL, 1990a, p. 78).

Dessa forma, para Husserl, diante das incertezas de uma metafísica etérea, necessário se faz a compreensão e a utilização instrumentais lógico-sistemáticos que, em não sendo utilizados, contribuiriam para uma compreensão dos elementos da vida sujeitos a abstração que “veria sem dúvida uma ameaça à verdade, a que está votada a marcha científica dos homens.” (LÉVINAS, 1984, p. 17).

A verificação da síntese de identificação se faz pelo presente, pelo preenchimento executado pelo ato de visar. Assim, os objetos nos são dados quer como apreensões do agora (percepção presente), quer como apreensões do passado (retenção ou lembrança primária), quer como protensão (lançar-se para o que advirá). Tais apreensões se entrecruzam e se situam como uma síntese viva, já constituída de modo anônimo pela intencionalidade latente (SOUZA; OLIVEIRA, 2001, p. 19).

Não é sem razão que, por temor a essa ameaça à verdade, o pensamento husserliano tenha se desenvolvido sob critérios rigorosamente estabelecidos, de forma que, por meio do conhecimento resultante da redução, encontrar-se-ia o sentido revelado.

O aspecto positivo da “Epoche” é a aber-

tura que ela propicia, para a entrada no campo transcendental, tanto da subjetividade quanto dos fenômenos. O mundo torna-se um “*cogitatum*” ou objeto de experiência do Ego transcendental. [...] É o plano da redução fenomenológica a via de acesso ao objeto puro e, segundo Husserl, ser um objeto significa ter um sentido para um sujeito, significa ser visado pelo Ego. [...] O resultado desta “Epoche”, como já dissemos, foi o de alcançar a estrutura “ego-*cogitatum*”, onde o mundo se torna fenômeno para a consciência, ou seja, correlato da subjetividade absoluta doadora de sentido (SOUZA; OLIVEIRA, 2001, p. 21-22).

O pensamento husserliano destaca esta enlevação do ser pensante como aquele que desenvolve sua vida psíquica pela passividade e pela atividade espontânea como dado na experiência de si. “Eu sou, numa experiência evidente, constantemente dado como eu mesmo.” (HUSSERL, 1990a, p. 102).

Husserl distingue dois níveis da vida psíquica: o da passividade e o da atividade espontânea, criadora do Eu. A passividade e entendida como receptividade pela sensibilidade. [...] Somente pela atividade do “Eu quero”, podemos falar de espontaneidade criadora do eu operante no conhecimento e na espontaneidade produtora dos objetos. [...] um objeto não possa ser intuído a não ser que tenha sido pré-dado inicialmente (SOUZA; OLIVEIRA, 2001, p. 14-15).

Este pensamento conduz ao descontentamento de Lévinas, pois o Eu é concebido como o ponto de partida e de chegada da intencionalidade manifestada na *Epoché*.

Encontra-se, então, o Eu como ponto de chegada de nossas afecções, e como ponto de partida de nossas atividades. É por isto que os limites da passividade e da atividade não são rígidos. [...] A atividade judicativa pressupõe objetos dados preliminarmente, para os quais se volta o juízo. [...] tudo isto se instaura numa atividade de conhecimento (SOUZA; OLIVEIRA, 2001, p. 16).

Para Lévinas (2008b, p. 188-189), “Na fenomenologia husserliana – apesar da espontaneidade criadora conferida ao Ego transcendental – os modos do conhecimento são comandados – teleologia da consciência – essencialmente pelo ser ao qual o conhecimento acede.” A desconsideração da alteridade, assim,

enquanto parte fundamental na formação da própria consciência constitui uma deficiência na teoria husserliana, porquanto essa, por mínimo que se cogitasse, não passa de um dado, um elemento a ser interpretado, analisado, reduzido sob a óptica do Eu referencial⁹. Husserl se propunha esse questionamento ao perscrutar que “quando eu, o eu que medita, me reduzo pela *epoché* fenomenológica ao meu ego transcendental absoluto, não me torno por isso mesmo *solus ipse* e não permaneço assim à medida que, sob o rótulo da fenomenologia, efetuo uma explicação de mim?” (HUSSERL, 1990a, p. 104-105). Neste sentido,

doutrina do saber absoluto, da liberdade do homem satisfeito, o hegelianismo – ao qual, como a fenomenologia husserliana, vão dar as diversas tentativas do pensamento ocidental – promoção de um pensamento que, na plenitude das suas ambições se desinteressa do outro enquanto outro que não se aloja em noema de uma noese [...] o trabalho do pensamento leva a melhor sobre toda a alteridade das coisas e dos homens, e é nisto que reside a própria racionalidade (LÉVINAS, 1984, p. 17).

Observa-se que a construção lógica na qual a consciência¹⁰ se apresenta como a única fonte da qual o sentido provém, por meio do qual o próprio Eu pode ser colocado na condição de objeto a ser intuído, e, como tal, ratifica, mais uma vez, o solipsismo gnoseológico do sujeito que pensa. Segundo Lévinas (1997, p. 61) “Husserl mostra como se constitui a intersubjetividade completa a partir do solipsismo da mónada. Solipsismo que não nega a existência de outrem, mas descreve uma existência que, em princípio, pode considerar-se como se existisse sozinha.” Ainda, “Façamos aqui, segundo os passos de Descartes, o grande gesto de voltar-se sobre si mesmo, o qual, se corretamente realizado, conduz à subjetividade transcendental: o debruçar-se sobre o ego cogito, domínio último e apoditicamente certo sobre o qual deve ser funda-

mentada toda filosofia radical.” (HUSSERL, 1990a, p. 58).

Mesmo que venha o Eu, por vezes, observar e analisar o outro, será este pensado sob o prisma da objetificação dentro do processo intencional ensimesmado enquanto reflexo do “ego transcendental [...] é aquilo que ele é unicamente em relação aos objetos intencionais.” (HUSSERL, 1990a, p. 99).

Nesse processo, o “eu constitui um campo de investigação possível, particular e próprio.” (HUSSERL, 1990a, p. 69).

Constata-se, dessa forma, que, ainda que apresentando reservas ao pensamento idealista, segundo o qual a razão deveria ser o meio pelo qual se daria o despertar do homem, em detrimento das incertezas da opinião, pois haveria um solipsismo em torno da própria razão elevada, Husserl, ao propor a vigília da ipseidade da alma, garantindo assim a existência da subjetividade como locus do pensar, por meio da consciência advinda da redução, reduz a própria subjetividade à concepção da preponderância do ego, visão essa que se encerra, igualmente no solipsismo (RIBEIRO JÚNIOR, 2008, p. 39).

Ainda que Husserl tenha considerado o outro que não eu, essa intersubjetividade seria secundária no processo da busca pela experiência do si na existência, tendo em consideração que “evidentemente, é preciso possuir a experiência dessa esfera de pertença própria do eu para poder constituir a idéia da experiência de um outro que não eu.” (HUSSERL, 1990a, p. 110). Dessa forma, essa “independência” dos Eus se manifesta em uma não dialogicidade, na medida em que “se me decido, por exemplo, pela primeira vez, num ato de julgamento, pela existência de um ser e por esta ou aquela determinação desse ser, esse ato passa, mas eu sou e permaneço daqui por diante um eu que decidiu desta ou daquela maneira, ‘tenho uma convicção correspondente’.” (HUSSERL, 1990a, p. 100-101).

Assim, o universo da consciência desconsidera o outro como presença essencial no

⁹ “Husserl estabelece o sujeito enquanto mónada. O sujeito pode dar conta do Universo no seu foro íntimo. Toda a relação com outra coisa se estabelece na evidência e tem nele, por conseguinte, sua origem. [...] dizer que o sujeito é uma mónada é negar a existência do irracional. [...] o sujeito é absoluto, não porque seja indubitável, mas é indubitável porque responde sempre por si mesmo e a si mesmo. Esta auto-suficiência caracteriza o seu absoluto.” (LÉVINAS, 1997, p. 61).

¹⁰ A sensibilidade é a consciência originária do tempo. Entre sensibilidade e consciência, Husserl traça uma ligação muito estreita: as coisas são percebidas nas qualidades que as revestem. Porém, as qualidades são descobertas na vivência que é um evento temporal (MELO, 2003, p. 51).

processo da convivência e construção conceitual.

Husserl compara o Eu à unidade de apercepção transcendental de Kant, o que, seguramente, terá sua razão, mas a identidade deste idêntico se rompe pela diferença da insônia, ao fazer um vazio que sempre se recria, não pelo desprendimento em relação a tudo o que foi adquirido, mas por resistência, se assim se pode dizer, a toda condensação deste próprio vazio que toma conta de mim como sonolência (ou como ser do ente). Insônia como desnucleação da própria atomicidade do uno (do qual se prevalece ainda a unidade da apercepção transcendental que sintetiza o dado) ou como des-apontamento de sua própria pontualidade. [...] Em todo caso, é a partir de Outrem que Husserl descreverá a subjetividade transcendental, arrancando o Eu do seu isolamento em si. [...] O Eu está em si e em si ele está aqui e aqui ele está no mundo. É preciso arrancá-lo deste enraizamento. A Redução transcendental de Husserl tem a vocação de despertá-lo do entorpecimento, de re-animar sua vida e seus horizontes perdidos no anonimato. A Redução intersubjetiva a partir do outro arrancará o eu de sua coincidência consigo e com o centro do mundo, mesmo que Husserl não cesse de pensar na relação entre o eu e o outro em termos de conhecimento (LÉVINAS, 2008b, p. 47-48, grifos nossos).

Neste sentido, o solipsismo se verifica no

facto de, na representação, o Mesmo definir o Outro sem por ele ser determinado justifica a concepção kantiana da unidade da apercepção transcendental que permanece forma vazia dentro da sua obra síntese. Longe de nós o pensamento de partir da representação como de uma condição não-condicionada! (LÉVINAS, 2008a, p. 117).

Observa Lévinas que à fenomenologia husserliana bastaria o interrogar as intenções do pensamento para saber aonde o pensamento chegaria (LÉVINAS, 1984, p. 17). Esse perquirir o pensamento realizado é, tão somente, um feito na mesmidade, ou seja, na óptica do Eu só, que pensa independente da presença do outro, que limita o desvelamento do mundo a um critério objetificador.

Essa vigilância do Eu que vem das profundezas da subjetividade que transcende sua imanência, de *profundis* do espírito, ruptura no coração da substância, insônia, tudo isso se descreve, seguramente, em

Husserl, como intencionalidade. O eu-em-estado-de-vigília vela o objeto, permanece atividade objetivante, até sob sua vida axiológica ou prática. É da alteridade do objeto, do choque do real que depende, aqui, o desembragamento do despertar. A afecção sofrida e estimulação recebida virão do objeto, daquilo que “se salienta” (*sich abhebt*) na imanência. O despertar responde ainda a uma alteridade a ser assimilada pelo Eu. É bem essa assimilação que a metáfora ótica do raio exprime, o qual, a partir do eu desperto, se dirige sobre o objeto que o despertara, se dirige sobre ele à guisa de saber, o espírito assimilando o que o atinge. Seguramente (LÉVINAS, 2008b, p. 45).

Seria como se a consciência fosse um cientista no laboratório da mente, no qual há, exclusivamente, objetos de análise e uma mente para pensá-los e defini-los em meio ao desenvolvimento das pesquisas.

Cada estado de consciência possui um “horizonte” que varia conforme a modificação de suas conexões com outros estados e com as próprias fases de seu decorrer. É um horizonte intencional, cuja característica é remeter a potencialidades da consciência que pertencem a esse mesmo horizonte. Assim, por exemplo, em toda percepção exterior, os lados do objeto que são “realmente percebidos” remetem aos que ainda não o são e que somente são antecipados na expectativa de maneira não intuitiva como aspectos “que estão por vir” na percepção. Esta é uma “protensão” contínua, que para cada nova fase perceptiva assume um novo sentido (HUSSERL, 1990a, p. 82).

É evidente que não se pode dar, mesmo neste exemplo, uma conotação apenas empírica, pois a mera indução e dedução, enquanto métodos científicos, não conseguiram, segundo Husserl, atender aos propósitos e questionamentos que não obtinham soluções. Dessa forma, segundo o pensamento deste filósofo,

as ciências manifestam-se meras construções de outras evidências do *Lebenswelt*. Com isso, o saber científico define-se como mero processo de idealização da realidade concreta, cuja consciência se verifica no mundo da vida. A crise consiste, pois, no fato de a redução objetivista do saber ter desvinculado a atividade científica do mundo do homem. A ciência assim formalizada nada tem a dizer ao homem sobre suas ne-

cessidades vitais, perdendo o sujeito como suporte de experiências pessoais e das intencionalidades que caracterizam os atos humanos. Para Husserl, a superação da crise acontecerá quando a Filosofia se interessar de novo pelo homem e suas criações culturais, pela sociedade e seus sistemas de valores (SOUZA; OLIVEIRA, 2001, p. 517, grifos nossos).

Não se pode olvidar que Husserl não se concentra nas ciências naturais, apesar de toda a sua histórica vinculação com o desenvolvimento das teorias matemáticas e do mundo da física. O objeto de verificação pelo método fenomenológico desenvolvido reside no ambiente sociocultural, no qual se desenvolve as interações da sociedade, não sendo reduzidos a dados fictos, teóricos ou substâncias a serem trabalhadas¹¹.

Diante das inúmeras interações, extremamente mutáveis, das relações em sociedade, das possíveis crises de identidade de institutos, como a família, a forma de constituição de Estado, sua estruturação, o desenvolvimento das atividades e competências dos poderes que o compõe, concepções sobre ideologias, manifestações culturais, evolução das estruturas normativas para que respondam as arestas deixadas pela rápida desintegração de antigos preceitos normativos que a sociedade não credita mais, dentre outros, tudo isto é, segundo Husserl, material para ser, por meio da redução intencional fenomenológica, refletido de forma a, compreendidos, poder se pensar soluções, marcadas pela originalidade e realismos próprios, dado que surgidas na consciência.

Tudo dentro do esforço, já mencionado, de conferir certeza científica do saber por meio da intencionalidade consciente do Eu. Portanto, encontra a fenomenologia um método que propõe um caminho diferente da visão evidenciada pelo idealismo, ou, ainda, como via à moral apresentada pelo universalismo do imperativo categórico (RIBEIRO JÚNIOR, 2008, p. 47).

Ora, a fenomenologia pautada pelo pensamento de Husserl representa essa capacidade mesma de:

recuperar o meu próprio domínio de formular a pergunta: ‘Onde estamos?’, saber exactamente onde se está [...] sentido mais amplo e para além da visão das essências

[...] a fenomenologia é a evocação dos pensamentos – das intenções subentendidas – mal entendidas – do pensamento que está no mundo (LÉVINAS, 1982, p. 23).

Husserl representa essa sede, essa busca pelo desvelar do mundo, por meio do processar o dado na intencionalidade. Essa busca pela verdade que reluz sem véus que obscureçam a compreensão do dado. A busca pela certeza de que a

transcendência do mundo não se constitui fora da experiência do mundo; ela nada mais é do que um sentido pertencente à esfera imanente da experiência. Por esta interpretação, a crença no mundo, como pressuposto da experiência, não pode ser destruída pela atitude transcendental (SOUZA; OLIVEIRA, 2001, p. 18).

Representa, ainda, a expressão de toda a potencialidade humana que, para muito além de se situar na mera contemplação das formas em um plano ideal metafísico, poderá ela mesma, por meio da intenção manifesta na consciência, diante de uma postura proativa do próprio humano, conscientizar-se do algo pensado, do objeto analisado. “Em todos os níveis da vida espiritual – seja no estado da sensação ou do pensamento matemático – o pensamento é desígnio e intenção.” (LÉVINAS, 1997, p. 29). Ocorre que todo esse processo reflete “a preocupação principal de Husserl, que o acompanhou durante toda a sua vida, foi a de saber como as coisas nos aparecem e como podemos restabelecer o contato com as coisas nelas mesmas e como o sentido de tais coisas se constitui em nós.” (SOUZA; OLIVEIRA, 2001, p. 20).

É exatamente por meio da consciência que Husserl ratifica o agir na eticidade, tendo em consideração que a subjetividade, e o agir moral decorrente dela, parte da elementar consideração do humano, do sujeito pensante, cujo sentido atribuído à coisa/objeto resplandece na consciência por meio do agir na subjetividade.

O pensamento husserliano almeja uma via de concepção de agir moral, proveniente, não de uma conceituação de sujeito moral abstrato¹², decorrente do pensamento kantiano, muito menos da desconsideração por completo da subjetividade (RIBEIRO JÚNIOR, 2008, p. 48), mas, sim, da consciência doadora de sentido na intencionalidade.

¹¹ Para maior aprofundamento, Cf. HUSSERL, Edmund. *Renovación del hombre y de la cultura: cinco ensayos*. Barcelona: Anthropos; México: Universidad Autónoma Metropolitana (Iztapalapa), 2002, p. 28.

¹² Para reflexão aprofundada e diálogo crítico sobre a temática, Cf. JAEGER, W. *Paidéia, a formação do homem grego*. Tradução de Arthur M. Parreira. São Paulo: Martins Fontes, 1986, p. 10.

E esse pensar do humano, essa autonomia advinda do desvelamento do mundo por meio da redução fenomenológica, muito se afasta de uma visão de pensar como resultado do simples equacionamento do agir histórico e das heranças culturais.

O pensador recorre à História não como ingênuo compilador de dados ou crítico de documentos, mas como leitor de um passado desde a perspectiva de um presente constituído por seu próprio mundo espiritual. O filósofo busca a verdade inteira que escapa ao positivismo historicista: pelo fato de conceber ideias, o homem torna-se um homem novo, que, vivendo na finitude, se orienta para o polo do infinito. A fenomenologia propõe-se a ser um método no qual todo o conhecimento se constrói em referência à subjetividade (SOUZA; OLIVEIRA, 2001, p. 518).

O que se apresenta do pensamento husserliano é, de certa forma, uma retomada da intencionalidade da consciência que apregoa que

toda a consciência é consciência de alguma coisa, não é descritível sem referência ao objeto que ela pretende [...] focagem intencional que não é um saber, mas que, nos sentimentos e aspirações, é, com o seu próprio dinamismo, “afectivamente qualificada.” (LÉVINAS, 1982, p. 24).

Tem-se, desta forma, um posicionamento que confere radicalidade a prioridade do não-teorético que, posteriormente, terá sua ideia revisitada em Heidegger por meio da delimitação da noção de utensílio. Assim, a maneira como a consciência acessa os objetos se apresenta imbricada, em uma relação de simbiose, a forma como se dá a própria essência dos objetos. O acessar o ser, assim, se vincula a descrição do ser (LÉVINAS, 1982, p. 24).

Lévinas aponta uma possibilidade de, em utilizando a ideia de intencionalidade husserliana, que reduz o objeto para que ele seja evidenciado na sua real constituição, apresentar a ideia de uma intencionalidade irreduzível para que a relação de eticidade com a alteridade seja contemplada de forma a não se desconsiderar o outro. Apesar dessa possibilidade, reconhece o filósofo lituano que esse pensamento ocasionaria “a ruptura da intencionalidade” (LÉVINAS, 1982, p. 25) mesma, ou pelo menos, como fora concebida pelo pensamento husserliano.

A grande contribuição husserliana, portanto, se apresenta nesse agir moral, decorrente da existência da subjetividade do humano que, como consciência intencional, procure a vivência ética pelo desvelamento do pensar na redução fenomenológica. É o viver o cotidiano, “este retorno ao mundo da vida [...] não esqueçamos que é por causa disto que Husserl fala de genealogia, de filiação, de origem, de historicidade.” (SOUZA; OLIVEIRA, 2001, p. 17). Diante das várias situações que se apresentam ao sujeito, este, por meio do imergir na absorção do mundo pela consciência, na intencionalidade, prover-se-á de uma consciência sempre em estado de observação, buscando respostas e definições às questões analisadas, de forma a garantir esse infundável processo de geração de conhecimento consciente diante do viver mesmo. “Caberá à fenomenologia reconciliar o mundo da ciência e da técnica com o mundo da vida a partir da teleologia ao último.” (SOUZA; OLIVEIRA, 2001, p. 515).

As percepções decorrentes do viver proporcionarão ao humano a experiência que será boa conselheira ao se pensar os balizamentos do agir moral no cotidiano da vida visando à atitude que conduza à ética e, em última instância, ao agir na justiça.

Influenciado por toda a teoria husserliana do agir humano por meio da redução fenomenológica, na intencionalidade, Carlos Cóssio desenvolverá sua Teoria Ecológica do Direito¹³ alicerçando-se,

¹³ “El problema terminológico consistía en que me era indispensable un adjetivo que correspondiera al sustantivo ‘sujeto’. Si para la teoría ecológica el Derecho es conducta y el objeto del conocimiento dogmático es la conducta en interferencia intersubjeva; si el dato a conocer, por lo tanto, es el hombre plenario en tanto que es sujeto actuante – pues la persona humana su libertad metafísica fenomenalizada y sus acciones cumplidas son inseparablemente una y la misma cosa, según se explica largamente en mi libro de marras –, es claro que encontrándome siempre con el sujeto actuante como objeto de conocimiento, necesitaría a cada momento el adjetivo correspondiente a sujeto. Etimológicamente este adjetivo está dado pelo por el vocablo ‘subjetivo’, que hoy en día este adjetivo tiene múltiples acepciones, todas ellas independientes ya de su correspondiente sustantivo. Imagínesse la confusión que hubiera acarreado decir Teoría subjetiva del Derecho. Casi lo mismo hubiera ocurrido si, derivando del sustantivo ‘persona’, hubiera dicho Teoría personalista del Derecho. Es así que la necesidad de permanecer al margen de todas las resonancias filosóficas sedimentadas hoy en el adjetivo ‘subjetivo’, al par que la necesidad de recurrir a la calificación originaria que a este vocablo corresponde, me llevó al vocablo ‘ecológico’, derivado de ego yo.” (COSSIO, 2002, p. 215-216).

igualmente, nos fundamentos kelsenianos de ciência jurídica e da norma.

De este modo, la Teoría Ecológica trata de analizar el Derecho como una singular experiencia; el Derecho es un objeto cultural cuyo conocimiento requiere una intuición (al modo husserliano), una comprensión y un pensamiento normativo. Se opera entonces en la teorización jurídica un cambio profundo la norma jurídica deja de estar en el centro de las preocupaciones jurídicas como objeto lógico, cuyo conocimiento es susceptible de un procedimiento racional y, en su lugar, se instala la experiencia concreta del Derecho en toda su complejidad gnoseológica-existencial-valorativa (CATALINI, 1991-1992, p. 54).

Destaque-se a importância, não afastada, de se pensar a estrutura normativa, mas, por outro lado, ressaltando o aspecto cultural do Direito, que, de certa maneira, extrapola um estudo focado no fixionismo positivista-normativista. Neste ponto, válida a seguinte citação:

No plano em que particularmente se projeta – o da fundamentação da ciência jurídica –, a Teoria Ecológica empreende uma exaustiva busca fenomenológica das notas essenciais ao jurídico, encontrando-as finalmente no fenômeno da interferência intersubjetiva das condutas. Desvendando, com exemplaridade, o preconceito positivista do purismo metodológico de Hans Kelsen e o caráter pré-temático de sua ontologia jurídica, demonstra a possibilidade de encontrar o direito, em toda sua inteireza, ainda que com abstração de qualquer referência normativa (PINTO, 1979, p. 73).

Ressalte-se o fato de, em sendo o Direito fruto/objeto do mundo da cultura, assim predefinido por Cossio, apreendido e assimilado por uma intuição ou compreensão desenvolvidos por um pensamento normativo, tem-se que apresentar o Direito com uma abordagem idealista, torna imperfeita a sua compreensão calcada estritamente em procedimentalismos lógicos.

Una de las determinaciones de la conducta jurídica así delimitada se presenta como interferencia intersubjetiva. Mi propia conducta puede relacionarse o interferir con otras conductas mías o con las de otros sujetos. Si hay un “hacer” y un “omitir” conductas del mismo sujeto, la interferencia es subjetiva y es objeto del conocimiento moral (CATALINI, 1991-1992, p. 55).

Percebe-se que a reflexão normativa-teorética não prescinde de considerar o elemento da conduta humano/jurídica na esfera da intersubjetividade¹⁴. O próprio fato de, em sendo os seres humanos gregários por natureza, conduzir ao fato de o relacionamento interpessoal interferir a realidade do outro, noção essa que alcança a própria compreensão, criação, modificação e extinção da norma enquanto fruto de sentido que lhe é conferido socialmente.

Percebe-se, portanto que o elemento subjetivo-cultural é apresentado como uma flexibilização do binômio restritivo permitido/proibido apresentado pela estrutura normativa quando da regulamentação da vida em sociedade pautada por determinados padrões de comportamentos eleitos como juridicamente relevantes.

la existencia humana es coexistencia y es en relación con otro sujeto actuante, donde la ejecución de una acción queda contrapuesta al impedimento de la misma que le opone o no la acción de otro sujeto; el “hacer” se integra con el “impedir”. Aquí estamos en presencia de la conducta jurídica (CATALINI, 1991-1992, p. 55).

A conduta humana, por primeiro existente, conduz a uma posterior compreensão jurídica de sua categorização. Deve-se pensar que, na realidade cultural em que a sociedade está imersa, o comportamento deixa de ser unicamente o agente passivo da obra normatiza, atuando, portanto, como polo ativo, mediante contribuições para a ressignificação do Direito, fruto das transformações e realidades em contínua transformação. Afirma Carlos Cossio:

con la Teoría Ecológica se despliega en forma absolutamente rigurosa, por primera vez,

¹⁴ [...] como el derecho es intersubjetivo e implica, por lo menos, dos conductas que se cruzan, ocurre que no hay en la experiencia jurídica, ni puede hacer, una norma aislada. Siempre hay en ella, por lo menos, dos normas coordinadas, cada una representando la conducta de cada una de estas partes; pero por la misma razón, en cualquier otro punto de la experiencia jurídica, estas normas están cruzadas a su vez por otras normas, en plano horizontal (MACHADO NETO, 1988, p. 53-54).

la problemática del conocimiento jurídico; y para ello reclama simplemente el juego concordante de una intuición y una significación, es decir, reclama la conducta que es el objeto óptico y ontológicamente intuible y reclama la norma que es la significación intelectualmente mencionada (CÓSSIO, 1954, p. 747).

Veja-se que a norma, em sua concepção clássica, atenta-se a realidade do dever ser, verificando e aferindo uma conduta por meio de um parâmetro apresentado como ponderação/juízo de imputação, que considera o comportamento posterior em face da prescrição anteriormente estabelecida quando da conduta em análise. É exatamente essa compreensão da conduta/comportamento refletido a posteriori da estrutura normativa que será criticamente refletida pelo pensamento cossiniano. Nesse sentido,

El jurista sabe lo que jurídicamente dice merced al código que aprendió o a lo que los precedentes le enseñaron; pero podría decir todo cuanto quisiera sobre esa base sin que haya en ello ningún conocimiento jurídico, si lo que estuviere diciendo no lo es acerca de algo que estando dado, podría confirmar o desmentir su afirmación. Este algo es lo que el jurista así conoce o pretende conocer; siempre es alguna conducta compartida [...] (CÓSSIO, 1954, p. 747).

Isso significa ressaltar que a estrutura do dever ser apresentada pela norma, essa concepção lógico-instrumental aprioristicamente consolidada a conduta humana, que a ela deve se enquadrar e observar dentro de uma liberdade subjetiva já prevista pelo próprio conteúdo normativo apresentam uma noção de panopticismo normativo, que reduz o agir humano a possibilidades, teoreticamente calculadas quanto ao risco ou ao benefício, mas que não possibilitam uma compreensão ampla da norma enquanto substrato/objeto a ser reinterpretado e revisitado por agentes externos a estrutura lógico-jurídico-interpretativa.

Quando se pensa no criacionismo da norma, no pensamento cossiniano, está-se somando algo de novo à subjetividade social/cultural que extrapole o mecânico ato do reconhecimento da

norma pré-constituída.

El tránsito del ser entitativo al valor es ininteligible: lo que es, nada nos dice sobre lo que debe ser y a la inversa. En cambio, no es ininteligible para la libertad el tránsito al valor, porque la libertad no es escueta espontaneidad o ciego “poder ser”, sino que es espontaneidad proyectada en el proyecto vital del futuro inmediato, en razón de la anticipación del futuro contenida en el presente existencia! La libertad no queda bien descrita como un “ser” sino como un “deber ser existencia!”, “deber ser”, porque al estar proyectada en el proyecto vital del futuro inmediato siempre es un poder ser dirigido y existencia! porque algo “es” al ser siempre de presencia (CÓSSIO, 1949, p. 35).

Veja-se que a liberdade apresenta-se configurada à existência. Não é de menor importância esse apontamento, justamente porque conduz a percepção de que a norma, ao ser apropriada pelo ser existente em sua vida, passa pelo crivo do momento histórico, ou seja, de sua compreensão pelo olhar da sociedade e suas subjetividades que atribuem o sentido a estrutura normativa mediante estruturas culturais, morais e jurídicas apreendidas pelo juízo histórico-temporal do momento em que se processa esse olhar reflexivo. Está-se diante de uma realidade que extrapola a lógica dos estreitos limites apresentados pelas estruturas formal-racional-lógico-dedutiva da norma¹⁵.

A realidade tematizada e abordada de forma menos estática e presumível, apresenta-se como um exercício de pensamento do real que contribui de forma densa para a estrutura e desenvolvimento orgânico da estrutura das normatividades vigentes e em constante processo de (re)interpretação.

Pensar o Direito em interação/integração com outros fenômenos/áreas da sociedade significa possibilitar novos caminhos e horizontes interpretativos para a configuração formal apresentada pelas normas vigentes, mas não estáticas.

La Teoría Ecológica explora la dimensión axiológica de la conducta jurídica tomando el descubrimiento de la analítica existencial que presenta en el ser del hombre tres

¹⁵ Según la enseñanza de Husserl, la mención es tributaria del objeto. Y en la medida en que hay identidad entre mención (norma) y objeto (conducta bajo este perfil), el tributo significa que la norma emerge, por abstracción, de la conducta; y no que la conducta, para adquirir forma, se pliega a la norma (CÓSSIO, 2002, p. 218).

dimensiones existenciales: el mundo objetivo, la persona y la sociedad. De tal manera que los valores jurídicos se van a conformar en un plexo axiológico distribuyéndose en tres pares de valores, uno de autonomía y otro de heteronomía, con sus correspondientes desvalores y coincidiendo con aquellas tres dimensiones apuntadas (CATALINI, 1991-1992, p. 64).

Pensar a teoria egológica é aventurar-se em realidades que extrapolam, não dispensando, o olhar lógico-normativo restrito, de forma que o mundo objetivo, o homem e a sociedade apresentam-se como motores impulsionadores dos fatos da vida e do Direito como fruto dessas múltiplas e intermináveis (des)combinações evidenciadas no horizonte histórico fenomênico.

Se trata de valores bilaterales: en efecto el orden y seguridad aparecen como valores del mundo por su exterioridad; a su vez el poder y la paz, se encuentran como valores de existencia por su personalización; por último la cooperación y la solidaridad son propiamente valores de coexistencia. Sin embargo, este plexo axiológico no está completo si no nos referimos a aquel valor que confiere armonía y totaliza a todos los otros: la justicia. Dentro de la Teoría Ecológica la justicia carece de un contenido material específico pero acompaña a cada uno de los otros valores como su sombra, de suerte que si por ejemplo las exigencias del valor "orden", de ineludible realización en la vida comunitaria, cercenara a solidaridad, parcializaría a la justicia (CATALINI, 1991-1992, p. 65).

A justiça, como catalizador e equalizador do poder, da paz, da ordem e da segurança, cooperação e solidariedade, reflète a possibilidade de se compreender dialogicamente como as dimensões do existir com os outros são filtradas e amadurecidas quando do estabelecimento de instrumentos e instituições que oportunizem a concretização plena da existência, da coexistência. O Direito não representa, dessa forma, um fim em si, um conceito superior, abstrato, perfeito,

intangível e controlador da sociedade, no sentido de submissão irrestrita as suas estruturas e aparatos lógico-rationais. Mas, deve-se compreendê-lo como ponte de oportunidades que serão tanto mais efetivas e eficazes quando possibilitarem um espaço aberto de (re)construção de suas próprias estruturas, de forma a atender às reais e presentificadas necessidades sociais. Teoria e prática imbricadas¹⁶ diante do realismo histórico-fenomênico apresentado pelo pensamento husserliano.

Lo suyo de cada cual es lo que a cada uno le falta para estar en iguales condiciones de libertad con quien lo interfiere, en el momento de la interferencia de las conductas. En vez de dar más en proporción al que tiene más mérito, como afirmaba Aristóteles, la verdadera justicia consiste en dar más a los que están más abajo para igualar el punto de partida en el presente vital (CÓSSIO, 1949, p. 57).

A presentificação da justiça¹⁷ na esfera intersubjetiva das relações humanas se consolida com a máxima aristotélica da equidade, mediante a consecução de um tratamento mediato desigual para que se alcance uma finalidade expressa pela busca de uma justiça materialmente aferida. A cada um compete um tratamento dispensado em observância as suas realidades, limitações e necessidades. O pensar o outro na teoria egológica apreende essa sensibilidade para além da mera subsunção dos fatos da vida às estruturas normativas. A lei e seus institutos são úteis e, mais do que isso, necessários para que a justiça e seu intento sejam alcançados.

Si se considera a los sujetos como personas, la reunión de las mismas puede darse en verdad como unión, lo que actualiza el valor positivo paz o como desunión, la que corresponde al polo negativo del valor, la discordia. En esta última la reunión de persona, en su espontaneidad autónoma es un conflicto. Lo que puede internarse respecto de este último es dominarlo mediante el ejercicio de la autoridad. Surge

¹⁶ El jurista va a la experiencia para conocerla y sin este contacto con ella nada conocerá; pero va desde cierto ángulo, va como jurista, va aportando un modo de pensar que tiene cierta textura para poder valer como pensamiento (CÓSSIO, 2002, p. 91).

¹⁷ [...] la justicia resulta un valor de totalidad y por eso la justicia acompaña siempre como una sombra a cada uno de los valores parcelarios; por ejemplo, si una institución realiza un buen orden, pero una mala solidaridad, ya, por aquello, es parcialmente justa. En la justicia, la mera coexistencia aparece como razón suficiente en la medida en que coexistir es entenderse y en que este entendimiento se vive con la emoción de la justicia (CÓSSIO, 1964, p. 611).

heterónomamente así el valor positivo poder. Este último no se confunde con la fuerza bruta, sino que consiste en la capacidad de inculcar sentidos espirituales. Si el poder no es suficiente para dominar el conflicto estamos aún en la discordia de los conflictos individuales, pero el conjunto de éstos proyectado sobre la jerarquía que es la sociedad como tentativa del poder nos da la situación de impotencia. El desvalor específico del poder le adviene por exceso cuando la dominación excede los requerimientos del conflicto, constituyéndose así en opresión (AFTALION; VILANOVA; RAFFO, 2009, p. 317).

Mas, não se deve sobrestimar suas estruturas em detrimento do horizonte histórico das múltiplas realidades e dimensões socioculturais em que a sociabilidade se manifesta em intersubjetividade criativa e possibilitadora de novos rumos, novos olhares construtivos de uma realidade em constante processo de (des)identificação.

REFERÊNCIAS

- AFONSO, Elza Maria Miranda. *O positivismo na epistemologia jurídica de Hans Kelsen*. Belo Horizonte: Ed. Faculdade de Direito da UFMG, 1984.
- AFTALION, Enrique; OLANO, Fernando García; VILANOVA, José. *Introducción al derecho*. Buenos Aires: Ateneo, 1960.
- AFTALION, Enrique; VILANOVA, José; RAFFO, Julio. *Introducción al derecho*. 5. edición. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009.
- CATALINI, Marta Pisi de. La teoría egológica de Carlos Cossio y el tridimensionalismo jurídico de Miguel Reale. *Cuyo: Anuario De Filosofía Argentina Y Americanam Mendoza, Universidad Nacional de Cuyo*, v. 8-9, p. 49-90, 1991-1992. ISSN 1514-9935.
- CÓSSIO, Carlos. El derecho en el derecho judicial. Las lagunas del derecho. La polémica anti-egológica. *Revista La Ley*, Buenos Aires, v. 76, 1954.
- _____. Panorama de la teoría egológica del derecho. *Instituto de Filosofía del Derecho y Sociología*, Buenos Aires, n.º 1, 1949.
- _____. *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*. São Paulo: Livraria do Advogado, 1964.
- _____. *La valoración judicial*. Buenos Aires: El Foro, 2002.
- HUSSERL, Edmund. *A filosofia como ciência de rigor*. Tradução de Albin Beau. Coimbra: Atlântida, 1965.
- _____. *La philosophie comme science rigoureuse*. Tradução de Marc B. de Launay. Paris: Puf, 1989.
- _____. *A crise da humanidade europeia e a filosofia*. Tradução de Urbano Zilles. Porto Alegre: Edipucrs, 2002.
- _____. *Meditações cartesianas*. Tradução de Maria Gorete Lopes e Sousa. Porto: Rés, 1990a.
- _____. *Lógica formal y lógica transcendental: ensayo de una crítica de la razón lógica*. Traducción de Luis Villoro. México: UNAM, 1962.
- _____. *A idéia de fenomenologia*. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1990b.
- _____. *Idéias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica: introdução geral à fenomenologia pura*. Tradução de Marcio Suzuki. São Paulo: Ideias e Letras, 2006.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- _____. *Teoría pura del derecho: introducción a la ciencia del derecho*. Traducción de Moisés Nilve. Buenos Aires: Eudeba, 1963.
- LÉVINAS, Emmanuel. *Descobrimdo a existência com Husserl e Heidegger*. Tradução de Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.
- _____. *De Deus que vem a ideia*. Tradução de Pergentino Stefano Pivatto. Petrópolis: Vozes, 2008a.

_____. *Ética e infinito*. Tradução de José Pinto Ribeiro. Lisboa: Edições 70, 1982.

_____. *Totalidade e infinito*. Tradução de José Pinto Ribeiro. Lisboa: Edições 70, 2008b.

_____. *Transcendência e inteligibilidade*. Tradução de José Freire Colaço. Lisboa: Edições 70, 1984.

MACHADO NETO, A. L. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. A norma fundamental de Hans Kelsen como postulado científico. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 58, p. 41-84, jan./jun. 2011.

MELO, Nélio Vieira de. *A ética da alteridade*

em Emmanuel Lévinas. Porto Alegre: Edipucrs, 2003.

PINTO, Marília Muricy M. O espaço teórico da conduta nas ciências humanas: notas paralelas sobre o interacionismo simbólico e a teoria egológica. In: *Machado Neto*. Salvador: Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas/ Centro Editorial e Didático da Universidade Federal da Bahia, 1979.

RIBEIRO JÚNIOR, Nilo. *Sabedoria da paz: ética e teo-lógica em Emmanuel Lévinas*. São Paulo: Loyola, 2008.

SOUZA, Ricardo Timm de; OLIVEIRA, Nythamar de (Org.). *Fenomenologia hoje III*. Porto Alegre: Edipucrs, 2008.

_____. *Fenomenologia hoje: existência, ser e sentido no alvorecer do século XXI*. Porto Alegre: Edipucrs, 2001.

***ARTIGOS DO
CORPO DISCENTE***

O NEOCONSTITUCIONALISMO, A SUPREMACIA CONSTITUCIONAL E O ATIVISMO JUDICIAL: uma proposta de conciliação entre o Judiciário e povo como intérpretes e efetivadores da Constituição para garantir a democracia

Betânia Gusmão Mendes¹
Patrick Luciano Guilhoto do Prado²

RESUMO

No Brasil, atualmente, vive-se sob égide do neoconstitucionalismo que traz como premissa a supremacia da Constituição e a necessidade de garantir os direitos considerados fundamentais, principalmente pelo Judiciário. Resguardar os preceitos elencados na Constituição, por vezes, enseja uma postura ativa dos juristas. Tanto na interpretação como na efetivação da norma. Mesmo que para tal posicionamento seja exigido certa mitigação da separação dos poderes. Dessa maneira, faz-se necessária uma atuação proativa do Judiciário sendo difícil aceitar teorias contrárias a tal posicionamento visto que a realização do *judicial review* não pode ensejar na supremacia dos Tribunais. Assim, fazem-se necessário diálogos entre a população e as Cortes, com intuito de que o povo seja parte do processo interpretativo e decisório. O presente trabalho tem como objetivo, através do método dedutivo e da pesquisa bibliográfica, analisar a tendência moderna de abertura democrática da jurisdição constitucional brasileira, ao passo que se abordará o possível paradoxo existente entre o Constitucionalismo Moderno, como forma de limitação do poder, e a teoria democrática.

Palavras-chave: Jurisdição Constitucional, neoconstitucionalismo, democracia.

ABSTRACT

In Brazil currently living under the aegis of neoconstitutionalism that brings premised on the supremacy of the Constitution and the need to guarantee fundamental rights, particularly the Judiciary. Safeguard the principles listed in the constitution, sometimes, entails an active stance by

the judiciary. Both in interpretation as in the effectiveness of the standard. Even if this requires positioning to a certain mitigation of separation of powers. Thus, it is necessary a proactive action by the judiciary being difficult to accept theories contrary to such positioning. However, completion of the judicial review cannot give rise to the supremacy of the courts. Thus, it is necessary dialogue between the public and the courts, with the intention that people be part of the interpretation and decision-making. This study aims to analyze the trend of modern democratic opening of the Brazilian Constitutional Jurisdiction, while we discuss the possible paradox between Modern Constitutionalism, as a form of power limitation, and democratic theory.

Keywords: Constitutional Jurisdiction, Neoconstitutionalism, democratic

1 INTRODUÇÃO

O constitucionalismo no Brasil e no mundo passou por mudanças significativas nos últimos anos, implicando o surgimento de um fenômeno que tem alterado o modo de examinar a Constituição e seu papel na interpretação do ordenamento jurídico. Trata-se do denominado Neoconstitucionalismo.

Esse conjunto de alterações ocorridas no Direito Constitucional contemporâneo representa um processo de mudanças de paradigmas que abarca fenômenos complexos e ainda não inteiramente assimiláveis. Atualmente, o Neoconstitucionalismo traz como premissa a supremacia da Constituição e a necessidade de garantir os direitos fundamentais, de maneira independente e harmônica pelo Executivo, Legislativo

¹ Acadêmica do Sétimo Período no Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho.

² Acadêmico do Sétimo Período no Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho.

e Judiciário. No entanto, quando existe uma omissão latente pelo Poderes Legislativo ou Executivo, surge o Poder Judiciário para colmatar essa lacuna social.

Resguardar os preceitos fundamentais elencados na Constituição possibilita uma postura ativa por parte do Poder Judiciário. Mesmo que, para tal posicionamento, seja exigida certa mitigação da separação dos poderes para efetivar os direitos fundamentais. A atuação proativa por parte do Judiciário enseja na realização do *judicial review* que visa dar sentido efetivo e alcance almejado à norma constitucional. No entanto, tal prática não pode propiciar a supremacia absoluta dos Tribunais.

Assim, faz-se necessário diálogo entre a população e as Cortes, com intuito que a povo seja parte do processo interpretativo e decisório. O presente trabalho tem como objetivo, através do método dedutivo, analisar a tendência moderna de abertura democrática da jurisdição constitucional brasileira, ao passo que se abordará o possível paradoxo existente entre o Constitucionalismo Moderno, como forma de limitação do poder, e a teoria democrática.

Busca-se, promover uma análise da possível participação social na interpretação constitucional, a inserção de processo de aprofundamento das instituições democráticas, fiscalização e legitimação da atuação estatal e concretização de direitos, bem como observar os benefícios e a forma para que ocorra a conciliação entre o judiciário e povo como intérpretes e efetivadores da Constituição com fim de garantir a democracia.

2 O NEOCONSTITUCIONALISMO, A SUPREMACIA CONSTITUCIONAL E O ATIVISMO JUDICIAL

O Neocosntitucionalismo é um movimento histórico e teórico do Direito que visa à supremacia constitucional para a garantia dos direitos fundamentais. Nesse sentido, leciona Sarmento (2009, p. 123)

[...] até então, as constituições não eram vistas como autênticas normas jurídicas, não passando muitas vezes de meras fachadas. [...] Até 1988, a lei valia muito mais do que a Constituição no tráfico jurídico, e, no Direito Público, o decreto e a portaria ainda valiam mais que a lei. O Poder Judiciário não desempenhava um papel político tão importante, e não tinha o mesmo

nível de independência que passou a gozar posteriormente. As constituições eram pródigas na consagração de direitos, mas estes dependiam quase exclusivamente da boa vontade dos governantes de plantão para saírem do papel – o que normalmente não ocorria. Em contextos de crise, as fórmulas constitucionais não eram seguidas, e os quartéis arbitravam boa parte dos conflitos políticos ou institucionais que eclodiam no país.

Tal movimento possui como objetivo fundamental as transformações de um Estado Legal em um Estado Constitucional, no qual se funda o Direito Constitucional com base em novas premissas como a difusão da perspectiva do desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais. Busca-se, com o Neoconstitucionalismo, a efetivação e a concretização dos Direitos Fundamentais, tendo como núcleo axiológico a dignidade da pessoa humana. A visão neoconstitucionalista aponta para uma constituição que possui força normativa e visa a expansão da jurisdição constitucional em conjunto de novas técnicas de interpretação da constitucional.

Na atual percepção, tem-se a proposição da supremacia constitucional, à qual se subordinam os demais poderes. Nesse sentido aduz Barroso (2009, p 36): “Em virtude desta primazia, a Constituição encontra-se em posição hierárquica superior às demais normas, de modo que leis e atos jurídicos não serão considerados válidos caso afrontem alguma norma constitucional.”.

A Magna Carta é a ordem fundamental e possui posição de supremacia. Dessa maneira, como forma de garantia de aludida prioridade, elenca Clevé (2000, p. 36) que “são conferidos mecanismos de controle de constitucionalidade.”. Compreender a Constituição como norma fundamental, mais do que implicar o reconhecimento de sua supremacia no ordenamento, faz necessária a existência de instrumentos que tutelem sua condição prioritária na ordem jurídica. Leciona Barroso (2009) que é em decorrência da força e supremacia constitucional que pode o intérprete se negar a aplicar uma norma entendida como violadora da Constituição.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 (CFBR/88) e com diversas modificações sociais e históricas, a perspectiva de Neoconstitucionalismo busca a garantia inviolável dos direitos fundamentais e a possibilidade da concretização destes pelos poderes Executivo,

Legislativo e Judiciário. Para resguardar uma jurisdição constitucional eficiente, a ação dos três poderes deve ser realizada de maneira independente e harmônica.

No entanto, resguardar os preceitos constitucionais exige, por vezes, uma postura ativa por parte do Judiciário, tanto no que tange à interpretação quanto na efetivação das normas, mesmo que tal interferência represente uma possível mitigação da separação dos poderes. A forma específica e proativa de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance, instala-se em situações de retração do Poder Legislativo, de certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira eficiente.

Na jurisdição constitucional moderna, a interferência proativa dos Tribunais – segundo o qual os juízes passaram a desempenhar um papel mais político, observando as transformações sociais, econômicas e administrativas – mostra-se imprescindível a necessidade de tal ingerência quando verificada a violação dos direitos fundamentais, referentes à conduta omissa dos agentes públicos.

Assim como explicita Barroso (2009), com a abertura e a indeterminação semânticas das normas constitucionais, que são em sua maioria princípios, foi necessário ir bem adiante da tradicional subsunção e adotar uma nova hermenêutica, em que o povo viesse a participar. Isso porque, como aduz Sarmiento (2008, p. 119), “as disposições da Constituição não apresentam sentido único, revelando-se como moldura em que se tornam possíveis diversas interpretações.”.

Nesse diapasão, elenca Barroso (2009, p. 263):

Deste modo, aumentou a importância política do Poder Judiciário, que passou cada vez mais a ser responsável pela interpretação constitucional e pela resolução de questões polêmicas e relevantes para a sociedade. Ainda, com a constitucionalização dos direitos fundamentais, coube ao Poder Judiciário a sua proteção em face de ações do processo político majoritário que podem eventualmente lhes ofender.

No que se refere à separação de poderes no Estado Democrático de Direito, é de suma importância que seja bem definida a separação de poderes, instituto esse que permite a limitação dos poderes, a garantia das liberdades políticas, a não influência política no Judiciário e a realização plena das funções fiscalizatórias dos diversos órgãos.

Diniz (1992) preceitua que a tripartição dos poderes assegura a realização de um modo de vida correspondente à democracia, ou seja, visa à realização de uma vontade legitimada pelas vias democráticas, sob os crivos de um *status* em que os poderes estão interligados, em que eles se comunicam e se harmonizam, porém também realizam fiscalização mútua.

Uma das grandes críticas à atuação do Poder Judiciário na atualidade é a sua atuação ativa que estaria utilizando prerrogativas legislativas para as quais não estaria apto, principalmente por seus integrantes não terem sido eleitos. O que se verificará na sequência é que, diante da necessidade de garantia de direitos fundamentais pelo Poder Judiciário, uma forma de legitimação de suas decisões se dá pela oitiva das associações de pessoas dos setores influenciados pelas decisões.

3 O JUDICIAL REVIEW E A DEMOCRACIA

O *judicial review*, ou revisão judicial, como leciona Silva (1992) consiste em atos do sistema de governo dos Estados Unidos, em que as ações dos Poderes Executivos e Legislativos estão sujeitas à revisão pelo Poder Judiciário, podendo ser, eventualmente, invalidados de acordo com a decisão proferida pelos juízes do caso. A revisão judicial permite que a Suprema Corte assuma uma função ativa, no sentido que ela possa garantir que todos os outros poderes cumpram com os preceitos da Constituição. Esta revisão judicial teve seu início nos EUA com o famoso caso *Marbury vs. Madison* (1803).

E no que se refere à revisão judicial, é possível que se encontre em diversos âmbitos jurídicos discussões acerca de sua defesa, assim como de oposição. O debate sobre o uso das revisões judiciais pelas Cortes Supremas sobre o controle de constitucionalidade das normas que foram produzidas pelos Parlamentos tem se tornado cada vez mais comum nos Estados democráticos.

Na posição contrária à revisão judicial, muitos doutrinadores questionam se os juízes deverão ter autoridade para revogar leis quando estiverem convencidos de que elas violam direitos individuais, dando caráter contramajoritário à Corte, na qual, por vezes, defendem interesses políticos mascarados pela proteção das minorias.

Questionando sobre a legitimidade das Cortes Supremas decidirem e declararem inconstitucionalidade, em determinadas leis, que fora produzida por parlamentares, que tem em suas mãos a vontade

de do povo expressa pelo devido voto, surge outro problema em relação a democracia e a separação dos poderes. Este poder de invadir, em nome da Constituição, competências que pertencem ao parlamento como sucedâneo da soberania popular é o que evoca maior problematização.

Assim, como aduz Barroso (2010) verifica-se, em verdade, que aludido debate reflete a tensão entre constitucionalismo e democracia. Isso porque a adoção de uma Constituição rígida, por meio de processo constituinte democrático, dificulta a deliberação pela maioria acerca dos temas nela dispostos, os quais passam a contar com critérios rigorosos para serem rediscutidos. Assim, os que se consideram iluminados o suficiente para a compreensão dos temas debatidos na Constituinte duvidam das gerações vindouras e proibem a rediscussão.

A opinião contrária, em defesa da revisão judicial, diz que, quando em uma sociedade, o seu Parlamento não se apresenta um bom funcionamento, quando o senso popular apregoa pouca confiabilidade, a transferência de confiança pode ceder facilmente ao Poder Judiciário, que, na medida em que passa a ser o principal interlocutor de demandas políticas não resolvidas na seara legislativa. Barboza (2007) dispõe que o problema com isso é que a partir do momento em que o Judiciário assume como principal responsável estas questões podem conferir a essas decisões cargas de imprecisões, podendo transferir todo o mal visto do parlamento ao Judiciário, e podendo também sofrer posteriormente pela mesma falta de confiabilidade, uma vez à corrupção presente em todos os âmbitos. Com isso, o Judiciário pode ser legislador de si próprio.

Silva (1992) ensina que, para que haja a democratização do processo interpretativo e de aplicação constitucional, faz-se necessária a ampliação da comunidade de intérpretes, com a inclusão de cidadãos, de partidos políticos e de associações, sem que se retire a Constituição dos Tribunais, a fim de que sejam garantidos os direitos fundamentais e a tutela das minorias.

4 O POVO COMO INTÉRPRETE CONSTITUCIONAL

A teoria clássica do Direito Constitucional apresenta como intérpretes da Constituição apenas os juízes e tribunais constitucionais. Ou seja, não caberia demais legitimados proferir aquilo que tenham entendido como sendo a vontade de todo

o povo. Contudo, diante da doutrina que apregoa a Constituição como um produto da vontade de um povo, e que outorga poderes para que esta seja escrita em seu nome, convém questionar diante desse espírito democrático qual o porquê de não perguntar diretamente ao povo, os verdadeiros titulares do poder constituinte originário, a sua opinião sobre as questões constitucionais, a fim de efetivar sua presença como característica de uma verdadeira democracia.

Nisto, Peter Häberle, com a crise do processo democrático nos anos 70 na Alemanha, em sua análise concretista dos problemas constitucionais, apresentou uma proposta na qual demais intérpretes integrariam a esse processo, participariam da análise da Constituição, a fim de este não esteja tão somente ligado com os intérpretes clássicos. Ele ofereceu a proposta de uma dinâmica mais vasta de intérpretes da Constituição. Para este autor, as normas constitucionais devem ser entendidas pelos seus destinatários e não deixada à perspectiva dos intérpretes oficiais da Constituição elencados pela teoria clássica.

Häberle sugere uma sociedade com intérpretes que possa abarcar o maior número possível de destinatários da Constituição, tornando uma interpretação mais democrática. Isso é o que ele chamou de sociedade aberta de intérpretes, em oposição à sociedade fechada, na qual há poucos intérpretes legitimados, e estes seriam os juízes e os tribunais constitucionais. Ou seja, trata-se de pluralizar a participação do povo em todas as fases por que se perpassa a lei, da sua criação até uma posterior declaração de inconstitucionalidade, dando fim à lei, pois a sociedade deve ter papel ativo na produção legislativa, dando um caráter de *amicus curiae* à criação legislativa.

A proposta da sociedade aberta de intérpretes, embora seja de extrema importância, a sua viabilidade, a efetivação, como democracia contemporânea, não é tão simples. O conceito abarca diversas críticas pontuais, quanto a sua viabilidade uma vez que isso poderia abarcar mais conceitos complexos que se pode analisar. O sistema de sociedade aberta para interpretação das normas pode se tornar o inverso de sua base, abrindo possibilidades para sua inefetividade, ou até mesmo como um sistema corruptível. Mas é preciso uma discussão constitucional para que seja o norte das realizações para com este sistema.

Nesse sentido, para Dworkin (2011), a concepção de Direito Constitucional associada à democracia pressupõe requisitos morais que não são

suficientemente atendidos pelo processo deliberativo majoritário, mas pela resposta certa sobre direitos fundamentais, a qual é inspirada pelo ideal da igual consideração e respeito, e ajuda a promover a filiação moral de cada pessoa à comunidade política.

A democracia, para Dworkin (2011), requer mais que a garantia da decisão da maioria por meio de procedimentos formalmente igualitários, exigindo incremento de teor substantivo. Considerando que todos merecem igual respeito e consideração, os direitos das minorias devem ser resguardados, e disso decorre a importância do *judicial review*.

Assim, faz-se necessária uma interpretação constitucional conjunta, na qual os destinatários das normas e a corte constitucional poderão chegar a uma justiça que seja democrática. Em sua teoria, Häberle apresenta uma proposta da participação efetiva de intérpretes. Por tal proposta, a norma deve apresentar uma maior característica democrática, aperfeiçoando e aumentando o sentimento de espírito do povo e supremacia do povo na participação efetiva na política.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na perspectiva atual de Neoconstitucionalismo, tem-se como proposta a operacionalização do sistema jurídico de acordo com o ideal da expansão das garantias e direitos fundamentais. Para que ocorra a efetivação constitucional, faz-se necessária a aplicação de uma hermenêutica progressista, a fim de que a Lei Maior seja entendida como projeto coletivo com vistas a garantir e executar os direitos fundamentais.

Dessa maneira, torna-se difícil conceber as doutrinas que limitem ou impeçam a participação do Judiciário na interpretação e realização dos preceitos constitucionais, considerando sua ação proativa necessária para a proteção dos direitos das minorias. Entretanto, a realização do *judicial review* não pode representar uma supremacia dos Tribunais.

Nessa perspectiva, faz-se primordial o incremento de formas de diálogo entre o povo e as Cortes com a finalidade de que os cidadãos se tornem parte do processo decisório e interpretativo. Assim, a participação popular no controle de constitucionalidade se torna uma forma de conciliar democracia e constitucionalismo. Um exemplo é o *amicus curie*.

Perante as críticas da interpretação constitucional feita pela voz das Cortes Superiores, no

sentido que elas estariam atuando em caráter Legislativo, mas também respondendo aos anseios sociais, propõe-se a participação social no processo interpretativo constitucional. Assim, aproxima-se o Estado, pelos braços do Poder Judiciário, da sociedade. E, por meio dessa interpelação, é conferida uma maior legitimidade a tais deliberações, efetivando a democracia e permitindo uma conciliação entre o judiciário e povo como intérpretes e efetivadores da Constituição.

REFERÊNCIAS

- BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição constitucional entre constitucionalismo e democracia*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. Tomo III. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BRASIL. *Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.
- DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge: Harvard University Press, 2011.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da constituição*. Porto Alegre: Safe, 2002.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Safe, 1991.

LASSALE, Ferdinand. *A essência da constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2011.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In:

SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia e teoria constitucional e contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

ANÁLISE DA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS EM FACE DO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL

Diana Alves Câmara¹

RESUMO

Este artigo busca abordar a efetividade dos direitos sociais, que implicam uma atuação no que tange às autoridades públicas, a fim de assegurar uma situação de estabilidade socioeconômica, constituindo-se como núcleo normativo medular do Estado Democrático de Direito amplamente empenhado em sanar as desigualdades que atinge a sociedade. Em face do princípio da reserva do possível, para o qual a insuficiência de recursos financeiros torna inexigível a aplicabilidade de tais direitos, impõem-se obstáculos de cunho político e econômico. Ante a peculiaridade da estrutura do estudo em pauta, o recurso metodológico utilizado, próprio das pesquisas jurídicas, exprimiu-se por meio da análise e interpretação de textos, leitura e investigação em leis, doutrinas, teses, bem como pesquisa complementar. O objetivo é produzir um juízo crítico do tema abordado cuja fundamentação geral se deu na crença da supremacia da Constituição Federal em que o Direito só se concretiza por meio da efetivação dos direitos fundamentais e cumprimento dos imperativos constitucionais.

Palavras-chave: Efetivação dos direitos sociais, reserva do possível, Estado Democrático de Direito.

ABSTRACT

This article address to effectiveness of social rights that imply an act by public authorities in order to secure a situation of socioeconomic stability, constituting like central normative core of Democratic Right State broadly committed in remedy the inequality that reaches the society. From possible reserve in witch insufficiency of financial resources makes unenforceable the applicability of these rights, imposing political and economics obstacles. Before peculiarity of the structure of this study, the methodological resource

utilized, own from legal researches, was expressed through review and interpretation of texts, reading and research in law, doctrines, theses, as well as complementary online survey. Aiming to produce a critical judgment of the subject whose general statement of reason was given in the belief of the supremacy of the Federal Constitution in which the right is realized only through the enforcement of fundamental rights and constitutional imperatives.

Keywords: realization of social rights, possible reserve, democratic right state.

1 INTRODUÇÃO

Os direitos sociais integram a categoria dos direitos e garantias fundamentais na vigente Constituição Federal, especificamente no artigo 6.º. Como o vocábulo nome já informa, fundamental é elementar, imprescindível, não podendo, portanto, tais direitos ser relegados a apenas existir na Constituição sem efetividade social. Não obstante, o Brasil é um Estado Social Democrático de Direito. Importa ressaltar que tal designação implica em um Estado com finalidade voltada ao bem comum e ao interesse social, consoante a vontade da maioria com respeito às necessidades da minoria. Isto é democracia.

Nítido observar que o Direito foi concebido a fim de proteger aos hipossuficientes colocando-os em nível de igualdade com os demais que estejam em uma categoria superior seja intelectual, social ou financeiramente. A busca pela isonomia consiste em ofertas de iguais oportunidades para todos, a serem caucionadas pelo Estado. Somase a isso o conceito realista que pugna pela igualdade proporcional, que se sintetiza em um tratamento congênere aos substancialmente similares.

¹ Acadêmica do Quarto Período Matutino do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho.

Ademais, impõe abordagem distinta aos desiguais na dimensão de suas diferenças, na medida em que, supridas as discrepâncias, atinja-se a igualdade, de fato.

A primazia do ordenamento jurídico brasileiro não é apenas a vida, como bem de valor constitucional supremo, mas um viver com dignidade. Subentende-se um viver em que as pessoas possam ter acesso a todos os meios para o seu completo desenvolvimento.

O presente estudo acadêmico se destina a investigar se *a efetivação dos direitos sociais pode ser condicionada à reserva do possível*. O texto mostrará a abordagem tendo como substrato as doutrinas, leis e pareceres de estudiosos sobre o assunto tratado. E, por derradeiro, serão catalogadas as considerações finais.

2 CONTEXTUALIZANDO OS DIREITOS SOCIAIS

Os direitos sociais se direcionam ao desígnio de oportunizar o efetivo gozo das liberdades fundamentais, propiciando aos indivíduos as condições necessárias para uma sobrevivência digna. Intentando melhor contextualização é pertinente citar a doutrina, nos seguintes termos:

A origem histórica encontra-se na tradição do Estado Social de Direito, que rompendo com os padrões formalistas de igualdade e de liberdade do paradigma anterior, vão buscar mecanismos mais concretos de redução das desigualdades socioeconômicas dentre os membros da sociedade (FERNANDES, 2014, p. 461).

Isto é o primórdio do entendimento de que o Estado pode ser encarado não mais como um inimigo *erga omnes* (oponível) da sociedade, mas como um viabilizador de sua existência (FERNANDES, 2014). Isto porque os direitos sociais “para serem usufruídos, reclamam, em face de suas peculiaridades, a disponibilidade das prestações materiais que constituem seu objeto, já que tutelam interesses e bens voltados à realização da justiça social.” (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 696-697). Em outras palavras, “os direitos fundamentais sociais, em vez de serem direitos contra o Estado, constituem-se por meio do Estado.” (BARRETO, 2013, p. 207). Tal conceito rompe o paradigma de que o “Estado é o comitê executivo dos negócios da burguesia” (MARX; ENGELS, 1973, p. 69), visto que nasceu,

precisamente, em virtude e como resposta às desigualdades social e econômica da sociedade liberal, que se instalaram no mundo no período pós-Segunda Guerra Mundial, constituindo-se como núcleo normativo central do estado democrático de direito, como aponta Barreto (2013). Com vistas a solucionar essa profunda crise de desproporção social – subtende-se a dicotomia entre pobres e ricos, em que os primeiros sobreviviam com recursos ínfimos e os últimos adquiriam cada vez mais – emergiu a necessidade de transição do modelo liberal de Estado para o Democrático de Direito que se articula por meio de uma democracia representativa, participativa e pluralista, além de garantir a execução prática dos direitos fundamentais abrangendo os sociais, por intermédio de métodos apropriados outorgados aos cidadãos, visando à dignidade humana (MAGALHÃES FILHO *apud* CARVALHO, 2006).

Em síntese:

A concepção liberal-burguesa do homem abstrato e artificial foi substituída pelo conceito do homem em sua concretude histórica, socializando-se então os direitos humanos. O Estado deixa de ser absenteísta para assumir uma postura ativa, de quem são exigidas prestações para que sejam assegurados os direitos sociais [...]. (CARVALHO, 2006, p. 479).

Do exposto, infere-se a deserção da percepção de uma conduta absenteísta por parte do Estado, para ao contrário, atestar a necessidade do intervir, gerando condições para execução de programas públicos voltados para saúde, trabalho, etc. (FERNANDES, 2014).

No Brasil, a preocupação com os direitos sociais granjeia seu marco introdutório na Constituição de 1934. Porém, é na vigente Lei Maior que estes passam a agregar a pauta de direitos e garantias fundamentais. O que cabe menção ao texto constitucional que elenca “a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados”, como se vê do teor do art. 6.º da Constituição de 1988, como direitos sociais. Nas palavras de Lenza (2014) trata-se do desdobramento de um Estado Social de Direito, com o complemento de “Que nasceu das lutas contra o absolutismo, sobretudo através da afirmação dos direitos naturais da pessoa humana.” (DALLARI, 2011, p. 147).

São, portanto, imperativos que limita e impõem deveres ao Poder Público a fim de resguardar a população contra a ingerência do Estado, sendo, em virtude do apresentado, designados como liberdades individuais – em consequência das demandas judiciais relacionadas à efetivação dos direitos sociais em sua vasta maioria serem de cunho individual e não coletivo – consoante Piovesan (2010). De forma análoga, afirma Lafer (2006, p. 127) que “o titular dos direitos sociais continua sendo, como nos direitos civis e políticos, o homem na sua individualidade”, consistindo em pressuposto substancial para o exercício da cidadania ao disponibilizar circunstâncias materiais e executar condições fáticas que fomentem a homologação dessas liberdades. Fato que possibilita meios favoráveis propícios a auferir a isonomia, mais compatível com o exercício da liberdade (SILVA, 2014). Corroborando tal assertiva, vem a seguinte explicação:

Direitos sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático (MORAES, 2013, p. 2013).

Depreende-se, então, que tais garantias objetivam ofertar ao homem como cidadão de direito uma condição digna de convívio, relacionamento e sobrevivência dentro da sociedade. O que acaba por demandar a intervenção ativa e frequente dos Poderes Públicos. Evidente que reivindicam do Estado, enquanto ente soberano, um leque de diversidade de ações e políticas públicas que devem ter por escopo a efetivação dos direitos sociais, que por se enquadrarem na categoria dos subjetivos, estejam poderes de exigir. Importa lembrar o já anteriormente mencionado, que em contraste com os denominados direitos individuais, cujo cerne se respalda em um “não fazer”, um “não violar”, por parte das demais pessoas principalmente no que tange às autoridades públicas, em contraposição o conteúdo dos direitos sociais acarreta “um fazer”, “um ajudar” por intermédio dos órgãos estatais (CARVALHO *apud* SILVA, 2006). Ademais são instituídos pelo texto constitucional como “valores supremos.” (BARRETO, 2013, p. 205).

Em última análise, Otávio Henrique Martins Port, explica que

A ideia central que levou à incorporação dos sociais ao rol dos direitos fundamentais tem seu alicerce na necessidade de que a todos sejam garantidas condições mínimas de bem-estar, assegurando-se a igualdade de oportunidades, o que está intrinsecamente ligado ao princípio da solidariedade (PORT, 2005, p. 9, *apud* GONÇALVES, 2015).

Notadamente, o objetivo é extinguir, ou no mínimo amainar, as desigualdades existentes.

2 DIREITOS SOCIAIS E ECONÔMICOS

Por outro lado, “não é fácil estremar, com nitidez, os direitos sociais dos direitos econômicos” (SILVA, 2014, p. 288). Conjuntura que pode ser deslindada com a divergência no que tange aos direitos dos trabalhadores pertencerem aos sociais ou aos econômicos – pelo seu inquestionável vínculo para com a economia. Válido atentar, todavia, que a Constituição classifica os supraditos direitos no rol dos sociais, por ser de conhecimento geral que o trabalho é um exercício laboral, tipicamente humano, que dignifica o homem por lhe prover o sustento e demais necessidades. O que, decerto, conduz ao elo entre os direitos sociais e econômicos considerando que os últimos também tencionam proporcionar o suprimento das necessidades humanas, agraciando vida digna ao homem.

Nos dizeres de Silva (2014, p. 288):

O direito econômico tem uma dimensão institucional, enquanto os direitos sociais constituem formas de tutela pessoal. O direito econômico é o direito da realização de determinada política econômica, ou segundo Geraldo Vidigal “é a disciplina jurídica de atividades desenvolvidas nos mercados, visando a organizá-los sob a inspiração dominante do interesse social”. Os direitos sociais disciplinam situações subjetivas pessoais ou grupais de caráter concreto.

Silva agrega ainda a seguinte assertiva:

Pode-se admitir que os direitos econômicos constituirão pressuposto da existência dos direitos sociais, pois sem uma política econômica orientada para a intervenção e participação estatal na economia, não

se comporão as premissas necessárias ao surgimento de um regime democrático de conteúdo tutelar dos fracos e mais numerosos (SILVA, p. 288, 2014) (Grifos nossos).

Relevante aludir ao equívoco da afirmativa acima grifada, uma vez que, na concepção de Barreto (2013), os direitos sociais não são subsidiários de outros direitos. Ademais, se estes possuísem caráter residual, qual seria a finalidade do texto constitucional os listar como direitos fundamentais? Não é preciso ir além do disposto na Constituição para entender que todos os corolários dos direitos e garantias fundamentais possuem a mesma hierarquia e a mesma importância constitutiva no estado democrático. Ficam, então, eximidos de se tornarem meras promessas constitucionais inconsequentes (PIOVESAN, 2010).

Ratificado o argumentado, cabe menção à Declaração Universal dos Direitos Humanos, que disserta em seu art. 22 a liberdade concedida a toda pessoa como membro da sociedade, ao exigir a satisfação dos direitos econômicos, sociais e culturais. O que concretiza, assim, o dever do Estado de comeder as consequências da pobreza, que não podem ser delegadas privativamente aos próprios indivíduos, proporcionando suprimento satisfatório das necessidades pessoais (BARRETO, 2013).

O que se pretendeu com a explanação foi mostrar a existência autônoma dos direitos sociais, que independem dos demais para ser ferramentas de direitos e garantias fundamentais. O que não se confunde, obviamente, com a intrínseca ligação destes com os demais direitos, principalmente os econômicos. Como mostrado por Silva, é indiscutível a indispensabilidade de uma orientação econômica voltada ao cumprimento dos ditames constitucionais. E é justamente essa inegável conexão que leva alguns operadores do direito a sustentar que a execução fática dos direitos sociais prestacionais estaria suscetível à disponibilidade de recursos voltados para esse fim. De modo que a insuficiência, carência, de tais recursos tornaria inexigível a garantia dos supracitados direitos.

3 EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS E A “RESERVA DO POSSÍVEL”

Há embate entre a efetivação dos direitos sociais e a reserva do possível. “O conceito de reserva do possível é uma construção da doutrina

alemã que coloca, basicamente, que os direitos já previstos só podem ser garantidos quando há recursos públicos” – explica Lima (2014). Destarte, carece observar que os direitos sociais são caros (CANOTILHO, 2010), em virtude de todas as dimensões dos direitos fundamentais demandarem gastos públicos. E perante uma situação que não haja recursos suficientes para atender todas as demandas, deve-se priorizar a mais pertinente, conforme a situação do momento e por questão de conveniência administrativa. Como bem salientado por Troester e Mochón (2004), a necessidade de escolha é inerente a toda sociedade, desde o indivíduo, a empresas e também o governo, que tem que escolher entre investir na educação ou no comércio internacional, por exemplo. Consequentemente, existirão beneficiados e preteridos, e em consonância com Barreto (2013), os direitos sociais jamais poderão ser desprezados por consistirem no núcleo normativo central do estado democrático de direito. Ademais, “a estrutura democrática da sociedade consiste no clima socioeconômico favorável à vivência concreta dos direitos fundamentais.” (MAGALHÃES FILHO *apud* CARVALHO, 2006, p. 458).

Em sua obra, Canotilho alega que o Estado Social só estaria apto a desempenhar satisfatoriamente as suas tarefas de sociabilidade se houver a observância de quatro requisitos básicos, uma vez que a efetivação dos direitos sociais deve ser assegurada de forma gratuita ou tendencialmente sem ônus. São esses requisitos:

- 1 - provisões financeiras necessárias e suficientes, por parte dos cofres públicos, o que implica um sistema fiscal eficiente e capaz de assegurar e exercer relevante capacidade de coação tributária;
- 2 - estrutura da despesa pública orientada para o financiamento dos serviços sociais (serviços sociais) e para investimentos produtivos (despesa produtiva);
- 3 - orçamento público equilibrado de forma a assegurar o controle do déficit das despesas públicas e a evitar que um déficit elevado tenha reflexos negativos na inflação e no valor da moeda; e
- 4 - taxa de crescimento do rendimento nacional de valor médio ou elevado (3% pelo menos ao ano) (CANOTILHO, 2010, p. 19-20).

Ademais, elucida o recém-citado autor que alguns alegam que a ideia dos direitos sociais está alicerçada em expectativas às quais o Estado não

possui condições de cumprir. O que, na visão de Barreto (2013), é uma falácia que se embasa no pretexto de que a efetividade dos direitos sociais depende da presença de uma economia estável, na qual as cifras de manutenção das prestações sociais poderiam ser suportadas, simplificando o intrincado sistema econômico e social da contemporaneidade. Isto porque “parte do pressuposto de que somente os países ricos teriam condições de sustentar políticas sociais consistentes e que atendessem aos ideais de justiça social.” (BARRETO, 2013, p. 213).

Canotilho (2010, p. 20) anexa, ainda, em sua obra, a informação de que “no banco dos réus está a célebre política do *déficit spending*: endividamento do Estado com a finalidade de financiar a despesa pública, sobretudo a despesa social.”. É a partir dessas premissas que alguns operadores brasileiros do direito vão sustentar que a aplicação de recursos financeiros em defluência à consumação de providências positivadoras de direitos sociais seria um conteúdo restrito e privativo das decisões governamentais e parlamentares, condensadas nos planejamentos de políticas públicas e em conformidade as previsões orçamentárias (FERNANDES, 2014), que continua lecionando:

A crítica de Dirley da Cunha Júnior é importante e deve ser marcada, pois, afinal, a doutrina constitucional brasileira parece estar deslumbrada pelo modismo e pela autoridade da doutrina alemã, importando teses e institutos jurídicos sem a menor preocupação de adequação (adaptação) dos mesmos ao nosso contexto histórico-hermenêutico (FERNANDES, 2014, p. 583).

Pode-se deduzir, então, que o princípio da “reserva do possível” nada mais é que uma hipocrisia decorrente de um Direito Constitucional Comparado equivocado, no aspecto em que o cenário social brasileiro não se compara ao dos países consignatários da União Europeia onde vigora a máxima da igualdade material. Informação prontamente testificada por Barreto (2013) que constata serem estas justificativas arcaicas, com vistas a eximir o Estado enquanto ente soberano de suas responsabilidades, dado ao desnível da realidade político-social da Alemanha pós-Segunda Guerra Mundial e Brasil atual – em que este último atravessa um momento de constantes crises sociais com a maioria das pessoas sendo socialmente excluídas, vivendo à margem e sem perspectivas

de vida. O que cabe menção ao juízo de Andréas Krell citado por Fernandes (2014, p. 583) para quem a “leitura da reserva do possível é falaciosa, pois, se os recursos são incontroversamente reconhecidos como insuficientes, devemos retirá-los de áreas menos importantes do ponto de vista do interesse público [...]”. Sobre tal declaração legítima Barreto que é ilusória a racionalidade que distingue a reserva do possível como limite fático a efetivação dos direitos sociais prestacionais, por esse argumento desconhecer em que pese ser o custo consubstancial a todos os direitos fundamentais. Salienta o alto custo do conjunto estatal administrativo-judicial exigido para garantia dos direitos civis e políticos.

Não obstante, a escassez de recursos termina por afetar precisamente em razão da unidade dos direitos humanos tanto os direitos civis quanto os políticos (BARRETO, 2013). obsta evocar que em nenhum momento o texto constitucional enaltece a importância que se efetive determinado direito fundamental em detrimento de outro, uma vez que o ordenamento jurídico se constitui como um todo, uno, indivisível e harmônico. Aludindo a Fernandes (2014, p. 575) “os direitos sociais não só alargam a tábua de direitos fundamentais, mas também redefinem os próprios direitos individuais.”. E “estabelecer uma relação de continuidade entre a escassez de recursos públicos e a afirmação de direitos acaba resultando em ameaça à existência de todos os direitos.” (BARRETO, 2013, p. 214).

Em um exame mais apurado do texto constitucional, como um todo é pertinente citar o Preâmbulo da Constituição Federal, que institui um **Estado Democrático** destinado a assegurar o exercício dos direitos **sociais e individuais**, além do bem-estar e desenvolvimento. Portanto, se o Estado não assegura tais direitos, está passando por cima de todo fundamento basilar da democracia social e representativa. O que representa, “em última análise, ignorar a exigência estabelecida no próprio Preâmbulo da Constituição de 1988.” (BARRETO, 2013, p. 212). Oportuno mencionar Cunha Júnior (2008), para quem “nem a reserva do possível, nem a reserva de competência orçamentária do legislador, podem ser invocados como óbices, no direito brasileiro, ao reconhecimento e à efetivação de direitos sociais originários a prestações.”. Compreende-se que o referido princípio da reserva do possível denotaria, por conseguinte, um instrumento restritivo à exequibilidade dos direitos fundamentais e sociais.

O Ministro Celso de Melo, do Supremo Tribunal Federal, ao relatar o Recurso Extraordinário n.º 39 3175 RS/ DF, descreve que entre dar proteção à inviolabilidade do direito à saúde e à vida que se caracteriza como direito subjetivo inalienável a todos respaldado pela Constituição da República ou fazer sobrepujar *versus* essa garantia fundamental, uma conveniência financeira e acessória do Estado, compreende – uma vez configurado esse impasse – que motivos de ética jurídica compulsam ao julgador uma singular e razoável alternativa: aquela privilegia a deferência indeclinável à vida e saúde do ser humano.

Não obstante, voltando ao cerne da indagação, condicionar a eficácia dos direitos sociais à disponibilidade de haveres financeiros figuraria em lhes remover toda pujança normativa que os circunda e lhes refuta o regimento de custódia estatuído pela Lei Maior e pelo sistema internacional de tutoria dos direitos humanos. Em consonância com o dito, Barreto (2013) sustenta justamente ser essa – negar-lhes a característica de direitos fundamentais – uma das maneiras mais genérica de contestar a efetividade aos direitos sociais. Em suas palavras,

Afastados da esfera dos direitos fundamentais, ficam privados de aplicabilidade imediata, excluídos da garantia das cláusulas pétreas, e se tornam assim meras pautas programáticas, submetidas à “reserva do possível” ou restritos à objetivação de um “padrão mínimo social” (BARRETO, 2013, p. 209).

Explana ainda que tais polos argumentativos se prestam ao propósito de legitimar protótipos, tanto políticos quanto sociais, que se antepõem à ideia medular do Estado Democrático de Direito, que sanciona ser a observância dos direitos sociais uma exigência de cunho moral e ético, não sujeita a entendimentos políticos. Semelhantemente, ponderam Lima e Melo (2014) que não haveria óbice ao aproveitamento do princípio da reserva do possível por analogia a fim de se valer de sustentação legal ante à inércia do Poder Público que, em consequência, gera condições fáticas desfavoráveis à admissão de melhores providências que seria essencial e inescusável no sentido de viabilizar o direito à vida. Acrescentam, ainda, que o intuito do Estado em alegar tal princípio seria tão somente legalizar sua omissão na implementação de políticas públicas, cuja atribuição seria perseguir o interesse público primário.

Conveniente remeter ao Direito Penal brasileiro, que não admite analogia *in malam partem* (em prejuízo do acusado). Adaptando tal premissa à interpretação do Direito Constitucional, figuraria em proibição de analogia em prejuízo ao destinatário dos direitos assegurados pela Constituição. O que, consoante Canotilho (2010, p. 481) “no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais.”. Isto porque tais direitos “constituem-se em direitos impostergáveis na concretização dos objetivos últimos pretendidos pelo texto constitucional.” (BARRETO, 2013, p. 207). De modo símile, menciona Novelino (2008) que congruente ao princípio da máxima efetividade – também conhecido como princípio da interpretação efetiva ou princípio da eficiência – é fixado que se deve outorgar na interpretação das normas constitucionais o sentido que lhes confere a maior efetividade factível. O que implica na consumação do direito, ao exercício concreto de sua missão social, que se relaciona de forma íntima com a dignidade da pessoa. E que será devidamente esmiuçado no próximo tópico.

4 QUANTO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O termo dignidade designa “o respeito que qualquer pessoa merece” (CARVALHO, 2006, p. 462). Não obstante, é incontroverso que na hodierna Constituição Federal a dignidade da pessoa humana é alicerce de todas as normas e ditames que dela decorrem. Implica não apenas uma reconhecimento do valor do homem, mas um Estado edificado com base nesse princípio.

A dignidade se caracteriza como uma particularidade do gênero humano, que possibilita identificar todos os homens como pertencentes a um mesmo gênero (BARRETO, 2006). Em semelhança, a Declaração Universal dos Direitos do Homem prega em seu art. 1.º que todos os seres humanos nascem livres em dignidade e em direitos. E em seu preâmbulo, versa sobre o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos que se constituem como fundamento da justiça e paz do mundo. Em outras palavras, “todos são dotados de uma mesma dignidade.” (BARRETO, 2013, p. 66).

Numa concepção mais clássica de dignidade humana, “o homem é um fim em si mesmo” (KANT, 2004, p. 65). Em consonância com o pensamento kantiano, em casos de confronto en-

tre normas jurídicas alusivas a progênie financeira, tributária, administrativa e econômica do Direito e normas imediatamente vinculadas aos direitos fundamentais, as últimas nunca podem ceder às primeiras, sob penalidade de converter o ser humano em meio de satisfação de políticas públicas, violando-lhe os direitos fundamentais e sua dignidade primordiais do modelo do Estado Democrático de Direito, à qual toda norma deve se contextualizar, aponta Gomes (2014). Pois, “a dignidade humana encontra-se na ordem daquilo que não é demonstrável, mas existe como pré-condição.” (BARRETO, 2013, p. 67).

Nítido reparar que “o conceito de dignidade humana repousa na base de todos os direitos fundamentais (civis políticos e sociais)” – pontifica Delpérée (*apud* Carvalho, 2006, p. 463), consagrando, assim, na redação constitucional um direito de resistência em favor do homem. Conclui-se, então, que “a dignidade da pessoa humana, na sua acepção jurídica, não pode ficar restrita a campos definidos pelo direito positivo, mas pressupões para a sua materialização jurídica perspectivas mais amplas que permite o espaço jurídico positivado.” (BARRETO, 2013, p. 64-65).

No âmbito da Constituição brasileira de 1988, a dignidade da pessoa humana é o fundamento de todo o sistema dos direitos fundamentais, no sentido de que estes constituem exigências, concretizações e desdobramentos da dignidade da pessoa e que como base nesta é que aqueles devem ser interpretados (CARVALHO, 2006, p. 465).

Por conseguinte, a dignidade é basicamente um direito que irrompe em mister da imprescindibilidade de se atestar os outros direitos da pessoa, que se situem além dos individuais, constituindo a fonte legitimadora de todos os demais direitos (BARRETO, 2013). Pois, abarca não somente os direitos individuais como também os de cunho econômico, social e cultural. No Estado Democrático de Direito a liberdade não é meramente negativa (ausência de constrangimento), mas liberdade positiva que se funda na desoneração de obstáculos que possam impedir a completa realização da personalidade humana (CARVALHO, 2006).

Em consonância ao exposto, arrazoa Sarlet (2010) que a dignidade da pessoa humana, demandada por meio de prestações positivas (direitos fundamentais sociais) uma existência condigna para todos. O que, conseqüentemente, implica em uma

vedação às medidas que fiquem aquém desse patamar. Além do mais, mediante a supressão de dado direito social, será também deflorado, a depender do caso, a própria dignidade, o que desde logo se mostra como inadmissível. Portanto, a dignidade situa-se no âmago da batalha contra o risco de desumanização (BARRETO, 2013), por ser um valor que norteia todo o corpo jurídico assegurando a todos os cidadãos, os direitos a eles inerentes.

Em última análise, levando em consideração a natureza jurídica da dignidade humana, constata-se de que não se trata de um direito subjetivo, mas ela possui competência para exigir que esses direitos sejam reconhecidos para o indivíduo (BARRETO, 2013). E como proferido por Sarlet (*apud* Carvalho, 2006,) “os direitos fundamentais representam explicitações da dignidade humana já que em cada direito fundamental há um conteúdo e uma projeção da dignidade da pessoa.”, que a permite gozar o dom da vida de forma digna, pois nada é tão belo quanto viver. Não importa a cor da pele, a nacionalidade, o físico, ou a moradia, ninguém ocupa o lugar de ninguém no palco da vida (CURY, 2002), sintetizando nas palavras de Eldeman (*apud* BARRETO, 2013) no sentido de que a liberdade é a essência dos direitos humanos e a dignidade a essência da humanidade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando todo o relatado, capta-se que a finalidade do presente trabalho não foi esgotar o tema discutido e tampouco se devota a uma pesquisa acadêmica em prol de mera satisfação intelectual por meio de análise, comparação e exploração de textos, leis e doutrinas. Assume, antes, relevância eminentemente prática e útil, por produzir um esquadramento da atual realidade social, auxiliando e esclarecendo tanto aos operadores do Direito quanto àqueles que se interessam pelo assunto em pauta.

Das informações elencadas, presume-se que os direitos sociais asseguram uma existência humana digna alicerçada na promoção da justiça social, tratamento isonômico e respeito à manifestação material da liberdade, além de consagrar o Estado Democrático de Direito no qual os direitos sociais obtiveram tutela máxima e efetiva.

Não obstante, são cláusulas pétreas, não podendo ser limitados ou relegados, dada à inexistência de motivos e argumentos que legitimem a limitação de seus efeitos. Portanto,

condicioná-los ao princípio da reserva do possível seria, antes de qualquer coisa, afastar-lhes da força normativa, contrariando o disposto no próprio texto constitucional por meio de uma tese do Direito Comparado que visa justificar as omissões das autoridades públicas ou facultar aos governantes efetivar ou não os direitos sociais.

Em síntese, não se deve importar teses desenvolvidas no exterior por intermédio do Direito Comparado sem a medida cautelar de adaptá-las às necessidades do povo brasileiro. Afinal, o Direito é um produto social que regula a vida em sociedade. Portanto, deve haver uma relação harmônica entre o Direito e seus destinatários, o que só é possível quando a realidade se torna um reflexo dos ditames constitucionais.

REFERÊNCIAS

- BARRETO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 39 3175 RS/ DF. Relator: Ministro Celso de Mello. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, Diário da Justiça, 16 fev. 2006, p. 54.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional positivo: teoria do estado e da constituição*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- CUNHA JÚNIOR, Dierley da. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2008.
- CURY, Augusto. *Escola da vida: Harry Potter no mundo real*. São Paulo: Academia da Inteligência, 2002.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. Salvador: Jus Podivm, 2014.
- GOMES, Marcelo Kokke. O ser humano como fim em si mesmo: imperativo categórico como fundamento interpretativo para normas de imperativo hipotético. *Revista Jus Navigandi*. Teresina, ano 9, n. 326, maio 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/5157>>. Acesso em: 2 abr. 2014.
- GONÇALVES, Leonardo Augusto. Origens, conceito e características dos direitos sociais: uma análise das consequências do déficit na segunda dimensão. *Juris Way*, Belo Horizonte, 2009. Disponível em: <<http://www.jurisway.org.br/3317>>. Acesso em: 23 mar. 2015.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004.
- LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Cia. das Letras, 2006.
- LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- LIMA, Fernando Gomes Correia; MELO, Viviane Carvalho de. O princípio da reserva do possível o mínimo existencial e o direito a saúde. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=22526:o-principio-da-reserva-do-possivel-o-minimo-existencial-e-o-direito-a-saude&catid=46>. Acesso: 29 set. 2014.
- LIMA, Flávia Danielle Santiago. Em busca da efetividade dos direitos sociais prestacionais: considerações acerca do conceito de reserva do possível e do mínimo necessário. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 51, 1.º out. 2001. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/2177>>. Acesso em: 29 set. 2014.
- MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manifesto do partido comunista*. São Paulo: Cortez, 1997.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2008.

PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (Org.). *Direitos fundamentais sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição de retrocesso: revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes;

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (Org.). *Direitos fundamentais sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

TROSTER, Roberto Luís; MOCHÓN, Francisco. *Introdução à economia*. São Paulo: Pearson Markron Books, 2004.

UNITED NATIONS. The universal declaration of human rights. Paris, 10 december 1948. Disponível em: < <http://www.un.org/en/documents/udhr/index.shtml>>. Acesso em: 21 mar. 2015.

SITUAÇÃO DO COMPANHEIRO COMO HERDEIRO ESPECIAL NA UNIÃO ESTÁVEL

Camila Micaelen Freitas Oliveira¹
Isabella Teresa Silva Souto²

RESUMO

O presente trabalho tem como finalidade analisar os direitos do herdeiro especial frente à vocação hereditária, buscando uma equiparação entre as garantias do cônjuge e do companheiro como as tratadas constitucionalmente, sem distinção ou hierarquia de direitos, conforme previsões legislativas no que tange à sucessão. Através de apontamentos citados no referido estudo, observa-se a evolução que o tema adquiriu no decorrer do tempo até os dias atuais, como os posicionamentos dos julgados no que tange à constitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil e também no que diz respeito à situação da entidade familiar. Desta forma, propõe-se uma interpretação inclusiva de direitos em razão da atual situação do companheiro, prevalecendo perante o direito sucessório medidas garantidoras, conforme os ditames da Justiça.

Palavras-chave: União Estável. Herdeiro Especial. Direito Sucessório.

ABSTRACT

This study aims to analyze the rights of special heir front heredity, seeking a match between the guarantees of spouse and partner treated as constitutionally, without distinction or hierarchy of rights, according to legislative predictions regarding the succession. Through notes cited in the study, we observed the evolution of the subject acquired through time to the present day, as the positions of justices regarding the constitutionality of Article 1790 of the Civil Code and also regarding the status of the entity family. Given this it proposes an inclusive interpretation of rights due to the current situation mate, prevailing inheritance law against guaradictates of Justice.

Keywords: Stable Union. Special heir. Succession Duty.

1 INTRODUÇÃO

Buscando a necessidade de garantir as liberdades do cidadão afirmado pela Constituição e agregado aos direitos fundamentais e valorativos do ser humano, o Código Civil de 2002 contém um Livro específico sobre a união estável, em seus artigos 1.723 a 1.727. Às regras referidas se junta a orientação jurisprudencial e doutrinária, além de regulares leis específicas sobre o regime de comunhão, a saber: Lei 8.971/94 e Lei 9.278/96, já revogadas parcialmente.

A união estável assume papel essencial na sociedade contemporânea, pois se realiza como unidade fundamental de família, consolidando o direito fundamental constitucional. E dá suporte para significativo feixe jurisprudencial e para a construção de direitos.

Há necessidade de tratar do surgimento dos direitos da união estável, da busca incessante de garantia constitucional que se viabiliza na obtenção e na efetivação da sua tutela, como mecanismo utilizado para que outras garantias possam ser desfrutadas no decorrer dos anos. Uma dessas garantias, assegurada nos dias atuais, pode se materializar na classificação da união estável como entidade familiar amparado pelo Direito de Família.

O presente Artigo também apresenta detalhes quanto à discussão doutrinária e jurisprudencial acerca da evolução do Direito Sucessório, tentando sanar a diferença, existente na legislação brasileira, em relação ao cônjuge frente à figura do companheiro. Jurisprudência que, muitas vezes, vem impedindo que se desdobre injustiças acerca do herdeiro especial nas relações jurídicas sucessórias e garantindo a proteção da herança ao companheiro, em igualdade de condições àquela dada ao cônjuge, prevista no artigo 1.809 do Código Civil, de forma que independente do núcleo familiar, tenha sustentação legal dos direitos dos seus membros.

¹ Acadêmica do Nono Período Matutino do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho (FADISA)

² Acadêmica do Nono Período Matutino do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho (FADISA)

2 ASPECTOS DA UNIÃO ESTÁVEL NO DIREITO BRASILEIRO: FAMÍLIA AFETIVA

As famílias, dentre todos os agrupamentos humanos se inserem no agrupamento básico social, em relação à elementaridade da vida do ser humano, desde o seu nascimento até a sua morte. No decorrer da história, a família desempenha várias funções na sociedade, em relação a influência natural, biológica, filosófica e psicológica, com também, nas escolhas profissionais e afetiva, nos fenômenos culturais, além das necessidades, dos problemas e sucessos, segundo lecionam Farias e Rosenvald (2014, p. 521).

A necessidade do convívio em família é um fenômeno humano inerente à sociedade, sendo impossível compreendê-la sem uma construção interdisciplinar, adequando os fatos evolutivos e as condições multifacetárias dos institutos familiares.

Gama (1998, p. 38), cita em seu livro alguns problemas enfrentados pela família, nos seguintes termos:

É certo que inúmeros problemas vêm afetando seriamente a segurança familiar, como questões de ordem social (miséria, fome), econômica (desemprego, instabilidade monetária), política (crises dos regimes políticos, guerras, revoluções), mas não há de se perder de vista que sempre a família será a célula básica da sociedade, cabendo aos Estados-Nações promoverem medidas concretas e efetivas no sentido de assegurar a real proteção da família como entidade e organismo fundamental para a própria sobrevivência da espécie humana.

Por essa razão, como uma das modalidades da família moderna, a união estável assume especial papel na sociedade contemporânea, sendo entendida como uma forma de constituição familiar, permitindo que se identifique o ideal constitucional de que a família, seja constituída ou não pelo formal casamento, tenha proteção especial por parte do Estado. E a proteção legislativa dada ao caráter instrumental da família para os casos de união estável tem ninho no artigo 226, § 3.º da Constituição Federal de 1998, “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.”.

É garantido, por meio do ordenamento jurídico brasileiro, que qualquer norma infraconstitucional

ou decisão judicial, deverá assegurar especial proteção aos membros da união estável. Por ser norma constitucional e, portanto acima das leis e dos comportamentos de interpretação e integração legislativa, estão garantidos que nenhuma norma infraconstitucional que trate da união estável contenha discriminação ou privilégios em relação a outras modalidades de constituição de famílias.

Vale destacar que a entidade familiar possui como sustentação sólida o afeto, em que tudo o que se relaciona com o referido instituto deverá ser baseado no amor e na solidariedade, como um meio de se garantir a realização efetiva da existência da própria família. Em verdade, não cabe ao direito a instituição da família, cabendo-lhe o caráter de tutelar apenas as que se formarem naturalmente. Para Pereira (2008, p. 52-53), o afeto é natural da família, não sendo provocado pelo direito. Continua o autor:

Agora disse-me: que é que vedes quando vedes um homem e uma mulher, reunidos sob o mesmo teto, em torno de um pequenino ser, que é o fruto de seu amor? Vereis uma família. Passou por lá o juiz, com a sua lei, ou o padre, com o seu sacramento? Que importa isso? O acidente convencional não tem força para apagar o fato natural. A família é um fato natural, o casamento é uma convenção social. A convenção social é estreita para o fato, e este não se produz fora da convenção. O homem quer obedecer ao legislador, mas não pode desobedecer à natureza, e por toda a parte ele constitui a família, *dentro da lei se é possível, fora da lei se é necessário* (PEREIRA, 2008, p. 52-53, grifos originais).

Ainda quanto ao afeto como elemento essencial na formação familiar, bem como quanto à não possibilidade de discriminação entre relações familiares formais ou informais, pode-se transcrever a seguinte doutrina:

Ora, seja o casamento, seja a união estável, seja qualquer outro modelo de família, certo é que toda e qualquer entidade familiar está, sempre, fundada na mesma base sólida: o afeto. E não se justifica, por certo, discriminar realidades idênticas – todas lastreadas no amor e na solidariedade recíproca, com vistas à realização plena de seus componentes [...]. Observe-se, inclusive, que tratar de forma discriminatória a união estável implicaria negar o papel promocional da família e, conseqüentemente, atentar contra a digni-

dade e a realização da personalidade de seus componentes (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 377).

Observam Farias e Rosenvald (2014) que mais da metade da população vive em união estável. Sendo instituto tão amplamente usado, não é credor de discriminação, o que acarretaria, conforme a doutrina transcrita, uma afronta à condição que de proteção que a lei diz garantir à família como um todo. Uma ofensa à dignidade da pessoa humana, garantia, por sinal, constante da Constituição Federal de 1988, em seu art. 1.º, inciso III, exatamente como um dos Fundamentos da República Federativa do Brasil.

Para Farias e Rosenvald (2014, p. 377) “Não é crível, nem admissível, que as pessoas sejam obrigadas a casar somente para adquirir mais direitos. A opção pelo casamento, pela união estável, ou, seja lá pelo que for, não pode implicar na aquisição de mais ou menos garantias jurídicas.”. Fala que, em outros termos, demonstra a ideia dos autores no sentido de que não deve haver diferença, quanto à aquisição de direitos, quando se trata de formalidade ou informalidade – ou documentação ou falta de – na relação matrimonial.

3 A UNIÃO ESTÁVEL NA LEI E NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRAS

Pode-se considerar que desde o início da vida social, a união informal entre o homem e a mulher não era algo tido como reprovável. Mais adiante, e com base nas doutrinas da Igreja Católica, passou-se a documentar as relações familiares. As uniões familiares, sem formalidades, passaram a ser taxadas de ilegais. Mesmo assim, a união informal sempre existiu. Mais recentemente, passou a ser reconhecida pelo ordenamento jurídico, configurando os seus efeitos como forma paralela às atitudes formalmente constituídas.

A anunciada *ilegalidade* das uniões familiares não concebidas na modalidade do casamento nem sempre foi no sentido de *afronta à lei*, propriamente dita, mas como um descumprimento dos ensinamentos da Igreja. Poderia ser mais facilmente classificado como um pecado do que como um crime, portanto. As dificuldades históricas, porém, levam para o lado dos direitos patrimoniais, pois até o reconhecimento da união estável como forma de constituição de família, a questão de partilha de bens e da sucessão tinha traços muito desfavoráveis – pelo menos, revestidos de nenhuma

facilidade de comprovação – em comparação com os casamentos formais, principalmente em relação à mulher. Neste sentido, as seguintes palavras:

Em nosso país, outra não foi a situação: nunca o relacionamento livre entre homem e mulher foi tratado como crime ou ato ilícito, mas as suas consequências se projetam, tão só, no âmbito do Direito das Obrigações, afastado do Direito das Famílias (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 464).

Com essa análise, observa-se que o Código Civil de 1916 não admitia a criação do instituto da união estável, inadmitindo a união extraconjugal, reconhecendo apenas o casamento como entidade ou instituto familiar, sendo considerada como família legítima. Na vigência de Código Bevilacqua, até 2003, a relação extraconjugal – ainda que constituída por pessoas não impedidas de se casar uma com a outra – considerava-se como família ilegítima, mesmo possuindo o afeto. Nesses conceitos, os filhos tidos por meio da família ilegítima não possuíam os mesmos direitos dos filhos havidos pela família legítima. Nos próprios registros de nascimento constavam, na primeira hipótese, a qualidade de filhos ilegítimos; e, na segunda, filhos legítimos.

Nessa época, a união só poderia existir por meio do casamento, sendo a união extraconjugal não submetida à proteção do Direito de Família. Vale destacar que o casamento, até 27 de dezembro de 1977, quando entrou em vigor a Lei 6.515, de um dia antes, era tido como entidade indissolúvel. Assim, as pessoas, quando se separavam de fato e constituíam outro relacionamento, passavam a ser tratadas como concubinos.

O concubinato é a união entre homem e mulher sem que haja o casamento por opção de não se casarem ou por não poderem se casar, sendo amparado pelo Direito das Obrigações e não pelo Direito de Família.

Essas relações passaram a ser questionadas perante o Poder Judiciário, para que fossem assegurados os seus direitos. Foi então, perante a Corte Suprema, antes da Constituição de 1998, que o Tribunal reconheceu alguns direitos às pessoas que viviam fora do casamento, como concubinos, por meio da Súmula 380 que dispõe: “comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.” A Súmula 382 ainda assevera: “a vida

em comum sobre o mesmo teto, 'more uxório', não é indispensável à caracterização do concubinato.”.

Por mais que tenham sido adquiridos direitos através das Súmulas anteriormente transcritas, a relação de concubinato ainda não garantia direitos aos alimentos, passando a jurisprudência brasileira a adotar os posicionamentos dos Tribunais franceses, que reconheciam ao concubinato o direito à indenização por serviços domésticos e sexuais prestados, sendo um significativo avanço que mais tarde passou a Corte Máxima de Justiça a reconhecer outros direitos como a inventariança.

A competência para julgar as demandas relacionadas ao concubinato era da Vara Cível, devido não se configurar como entidade familiar (da competência das Varas de Família). Antes, porém, do tratamento por parte da legislação, começaram alguns benefícios a ser atribuídos pelos Tribunais.

Foi com o advento da Constituição Federal de 1988 que o concubinato passou a ter a altitude de entidade familiar, sendo submetido ao Direito de Família, ganhando um aparato estatal, passando o concubinato puro (pessoas que não queriam se casar) à condição de união estável.

A Lei 8.971/94 passou a disciplinar o direito dos companheiros à sucessão e aos alimentos, trazendo como requisito da união estável que os companheiros fossem solteiros, divorciados ou viúvos e que houvessem uma convivência entre ambos de, pelo menos, cinco anos, ou a existência de filhos.

Com a Lei 9.278/96, sem desconsiderar a Lei anteriormente citada, excluiu a convivência mínima de cinco anos passando a considerar como requisitos da união estável a convivência duradoura, pública, contínua entre o homem e a mulher com o intuito de constituir família.

A partir do Código Civil de 2002, em seu art. 1.727, o sistema optou em não conferir os efeitos jurídicos aos concubinos como alimentos, herança, habitação, estabelecimento de vínculo de parentesco por afinidade, sendo tratado pelo Direito Obrigacional. Porém, a união estável recebeu qualidades de casamento, em termos patrimoniais, inclusive quanto à possibilidade de, ao ser formalmente constituída – extrajudicialmente, por escritura pública de união estável, lavrada em Tabelionatos de Notas, ou perante o Poder Judiciário – ser eleito regime patrimonial quanto aos adquiridos pelo casal durante a vigência da convivência.

Não se qualificando como união estável, o

que se tem é o concubinato, como já restou dito. E, quanto a este formato, em julgados, o Superior Tribunal de Justiça (STF) restringiu os direitos, ou melhor, os efeitos patrimoniais, sendo afastada a indenização pelos serviços prestados pela concubina. No entanto, a única garantia a favor da concubina, nos dias atuais, é o direito à partilha do patrimônio adquirido, comprovadamente, pelo esforço comum. Orientação do STJ no que tange a este direito pode ser vista no seguinte Acórdão:

[...] Inviável a concessão de indenização à concubina, que mantivera relacionamento com homem casado, uma vez que tal providência eleva o concubinato a nível de proteção mais sofisticado que a existente no casamento e na união estável, tendo em vista que nessas uniões não se há de falar em indenização por serviços domésticos prestados, porque, verdadeiramente, de serviços domésticos não se cogita, senão de uma contribuição mútua para o bom funcionamento do lar, cujos benefícios ambos experimentam ainda na constância da união. 1 - Na verdade, conceder a indigita indenização consubstanciaria um atalho para se atingir os bens da legítima, providência rechaçada por doutrina e jurisprudência. 2 - Com efeito, por qualquer ângulo que se analise a questão, a concessão de indenizações nessas hipóteses testilha com a própria lógica jurídica adotada pelo Código Civil de 2002, protetiva do patrimônio familiar, dado que a família é a base da sociedade e recebe especial proteção do Estado (art. 226 da CF/88), não podendo o Direito conter o germe da destruição da própria família (STJ, Ac. unân. 4.ª T. REsp. 988.090/MS, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. 2.2.10, DJe 22.2.10).

Focando no âmbito regional, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais vem mudando seu posicionamento, por meio da decisão que deu provimento ao recurso, garantindo a constitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil. É o que se pode ver em análise à seguinte transcrição jurisprudencial:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - DIREITO DAS SUCESSÕES - UNIÃO ESTÁVEL - ART. 1.790, CÓDIGO CIVIL - CONSTITUCIONALIDADE. 1 - A opção do legislador em dispensar tratamento díspar para regular a sucessão do companheiro, que está prevista no art. 1.790, CC, não viola a Constituição da República. 2 - Recurso provido. (TJ-MG - AI: 10024121771752001

MG, Relator: Jair Varão. Julgamento: 27/03/2014, Câmaras Cíveis / 3.^a Câmara Cível. Publicação: 22/04/2014).

Já para o Poder Judiciário do Rio Grande do Sul, não houve essa evolução se associando aos demais posicionamentos, desprovendo os recursos no que tange a ação de união estável no direito sucessório, como visto na seguinte amostra:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO CIVIL. SUCESSÃO. AÇÃO DE INVENTÁRIO. O DIREITO SUCESSÓRIO DO COMPANHEIRO ESTÁ DISCIPLINADO NO ART. 1.790 DO CC, CUJO INCISO III NÃO É INCONSTITUCIONAL. TRATA-SE DE REGRA CRIADA PELO LEGISLADOR ORDINÁRIO NO EXERCÍCIO DO PODER CONSTITUCIONAL DE DISCIPLINA DAS RELAÇÕES JURÍDICAS PATRIMONIAIS DECORRENTES DE UNIÃO ESTÁVEL. NEGADO SEGUIMENTO. (TJRS - Sétima Câmara Cível. AI 70055608160 RS. Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro. Data de Julgamento: 18/07/2013. Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 22/07/2013).

Deve-se lembrar, em resumo, que os alimentos em relação a conviventes estão assegurados pelas Leis 8.971 e 9.278. O que acaba por se aplicar aos concubinos. O que ainda não recebe tratamento em lei especial é a sucessão.

4 A SITUAÇÃO DA COMPANHEIRA NA VOCAÇÃO HEREDITÁRIA

A união estável solidificou-se e está amparada por égide constitucional, estabelecendo que a lei facilitará a conversão da união estável em casamento. Sendo assim, não há nenhum modo no intuito hierárquico entre as duas modalidades. Mas, há divergência doutrinária quanto a sua equiparação, pelo menos quanto aos direitos sucessórios.

Em razão disso, o cônjuge concorre com os descendentes do autor da herança, conforme previsto no artigo 1.829, I do Código Civil de 2002, e em caso de concorrer com os ascendentes do falecido até a terceira classe, recebe a integralidade da herança em relação a todos os bens, independentemente do regime de bens do casamento.

Mesmo a união estável sendo legítima, pois tem sua instituição prevista em lei, o companheiro, dito com herdeiro especial, não está elencado juntamente com os herdeiros previstos no artigo 1.829. Encontra-se inclusão no seu Direito Sucessório no artigo 1.790 do Código Civil, conforme redação:

Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

I – se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

II – se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe a metade do que couber a cada um daqueles;

III – se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;

IV – não havendo parentes sucessíveis, terá direito a totalidade da herança.

Conforme observa Tartuce (2014, p. 248) “a norma está mal colocada, introduzida entre as disposições gerais do direito das sucessões”. O tratamento dado à união estável não incluiu na ordem de vocação hereditária o companheiro, por não constar este dispositivo no projeto original do Código Civil de 2002. Percebe-se ainda em um primeiro momento que “o *caput* do comando enuncia que somente haverá direitos quanto aos bens adquiridos onerosamente durante a união.” (TARTUCE, 2014, p. 249).

Assim durante a existência da união estável, comunicam-se os bens adquiridos por um ou ambos os companheiros, excluindo-se os bens havidos a título gratuito, como doação e sucessão. “Deve ficar claro que a norma não está tratando de meação, mas de sucessão a herança, independentemente do regime de bens adotado.” (TARTUCE, 2014, p. 1.392).

Diferentemente dos direitos que foram conferidos ao cônjuge, a sucessão do companheiro está restrita a uma parte da quota, igualmente àquela atribuída ao descendente do falecido, em caso de concorrer com os filhos comuns, ou a metade da quota, se concorrer com os filhos somente por parte do autor da herança. A maior diferença entre as duas modalidades de união em que em caso de concorrência com outros parentes, colaterais até o quarto grau, quando o companheiro terá direito a apenas um terço dos bens deixados (FARIAS, ROSENVALD, 2014, p. 525).

Ressalta-se, aqui, a importância de uma reformulação interpretativa com relação às regras do Direito hereditário do companheiro. Quando se trata de união estável entre os indivíduos, sejam do mesmo sexo ou não, no caso de apenas um possuir um vasto patrimônio e em decorrência de um lapso temporal de dez, quinze anos juntos, mes-

mo que este venha a falecer, o companheiro sobrevivente não terá direito à meação (pois os bens não foram adquiridos na constância da união estável) e nem mesmo à herança (sendo que é necessário que a ocorrência tenha sido a título oneroso).

Detecta-se ainda que, segundo a doutrina, “limitando o direito hereditário do companheiro aos bens adquiridos onerosamente durante a constância (chamados de aquesto), além de implicar em injustificável discriminação do companheiro.” (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 517). Em caso de negar esse direito, estará ignorando a realidade da maioria da população brasileira.

E completam os autores:

Exemplificando: se imaginar um homem que vem morrer deixando um sítio, que possuía antes de iniciar a união estável e onde residia e retirava o sustento com a sua companheira, com quem dividiu a vida durante mais de trinta anos, não tendo deixado qualquer outro bem, nem deixando descendentes ou ascendentes, tem-se, segundo o Código Civil (art. 1.790) que seus colaterais (imagine-se os seus primos) ficarão com o sítio, enquanto a companheira não fará jus a nada! Efetivamente, esse absurdo está consagrado no direito brasileiro e precisa ser repellido (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 517-518).

De fato, não se pode negar o direito real do companheiro de sucessão, visualizando uma inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, defendendo assim o Estado Democrático de Direito e a igualdade sucessória ente os cônjuges e companheiros, baseando-se no art. 3.º, inciso I, da Constituição Federal de 1988.

Conforme entendimento jurisprudencial já é possível identificar uma correspondência com a norma constitucional:

Sucessão – União Estável – Inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC diante do tratamento paritário entre a união estável e o casamento por força do art. 226 da CF. [...] as regras sucessórias previstas para a sucessão entre companheiros no novo Código Civil são inconstitucionais. Na medida em que a nova lei substantiva rebaixou o *status* hereditário do companheiro sobrevivente em relação ao cônjuge supérstite, violou os princípios fundamentais da igualdade e dignidade (TJ/RS, Ac. unân. 8.ª Câmara. Cív. Ag. Instr. 70009524612, Rel. Des. Rui Portanova, j. 18.11.04).

Sendo assim, torna-se necessário um novo olhar dos legisladores brasileiros acerca do direito sucessório daqueles que vivem em união estável, cabendo, antes de tudo, uma interpretação da Lei Maior, cobrando dos Tribunais uma pronta atuação, garantindo assim a proteção efetiva do Estado conferida à família.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como cediço, a união estável é reconhecida no ordenamento brasileiro como entidade familiar. De fato, o casamento e a união estável não são sociedades iguais, mas não há hierarquia entre eles. Além disso, o Código Civil de 2002 traz um capítulo próprio sobre a união estável, contendo um conjunto de direitos relativos aos companheiros, como também o polêmico art. 1.790, que trata do direito sucessório do companheiro.

Dentre decisões dos Tribunais de Justiça estaduais já se verifica uma mudança jurisprudencial acerca do tema, que busca solucionar a desigualdade no caso do direito sucessório do companheiro, analisadas as divergências entre os Tribunais de Minas Gerais e do Rio Grande do Sul. Os Acórdãos transcritos mostram que a interpretação relacionada à equiparação entre as entidades familiares ainda não é pacífica. Mas, os Tribunais, em dias mais atuais, têm concedido ao companheiro a garantia dos direitos hereditários mesmo que não previstos no Código Civil de 2002, mas amparado constitucionalmente.

Observa-se, então, que a jurisprudência tem se posicionado de forma favorável à situação do companheiro, interpretando relativamente o artigo 1.790 do Código Civil de 2002 e aplicando as medidas mais benéficas previstas nas Leis 8.971/94 e 9.278/96.

Em meio às formas discriminatórias tratadas no Código Civil de 2002, e visando à igualdade de direitos previstas independentemente da configuração da entidade familiar, há uma expectativa de consolidação das garantias previstas constitucionalmente que asseguram o tratamento indistinto entre o herdeiro especial e o cônjuge.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Lei 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 27 dez. 1977.

BRASIL. Lei 8.971, de 29 de dezembro de 1994. Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 30 dez. 1994.

BRASIL. Lei 9.278, de 10 de maio de 1996. Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 13 maio 1996.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial [da]*

República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 11 jan. 2002.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: família*. v. 6. 6. ed. Salvador: Jus Podivm, 2014.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O companheirismo: uma espécie de família*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PEREIRA, Virgílio de Sá. *Direito de família*. São Paulo: Forense, 2008.

TARTUCE, Flávio. Da sucessão do companheiro: o polêmico artigo 1.790 do Código Civil e suas controvérsias principais. *Revista Síntese: Direito de Família*, Porto Alegre, Ed. Síntese, 2013.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

A REFORMA ADMINISTRATIVA DE 1998: a efetividade da prestação administrativa à luz do princípio da eficiência

Lucas Versiani Cardoso¹

RESUMO

O trabalho abará o conceito de Administração Pública e o regime jurídico administrativo, ventilando os princípios constitucionais, destacando-se o princípio da eficiência como corolário da Reforma Administrativa de 1998, sem olvidar os efeitos propulsores da globalização na perseguição da efetividade. Noutro bordo, necessária será a passagem sociológica pela teoria da dominação de Weber, perfazendo-se sustentáculo para se entender a evolução e os retrocessos das reformas, partindo do patrimonialismo até se chegar ao modelo gerencial. Serão ressaltadas as inovações da Emenda Complementar 19/1998, trazendo à baila divergências entre autores, no intuito de filtragem dos argumentos para uma compreensão crítica.

Palavras-chave: Reforma Administrativa. Eficiência. Efetividade. Inovações.

ABSTRACT

The work will cover the concept of public administration and the administrative legal regime, fanning the constitutional principles, highlighting the principle of efficiency as a consequence of Administrative Reform 1998, without forgetting the drivers of globalization effects in the pursuit of effectiveness. Another board will be required to pass through sociological Weber domination theory, making up mainstay for understanding the progress and setbacks of reform, starting from patrimonialism to get up in the managerial model. They will be highlighted innovations of Complementary Amendment 19/1998, bringing up differences between authors, the filtering order of the arguments for a critical understanding.

Keywords: Administrative reform. Efficiency. Effectiveness. Innovations.

1 INTRODUÇÃO

Em uma sociedade contingente, em que os anseios da população exigem mudanças, principalmente no tanger da eficácia, a Administração Pública paulatinamente se aperfeiçoa, no intuito de se encontrar com a população, atingindo seus escopos econômicos, sociais e culturais. O presente trabalho objetiva demonstrar as noções gerais acerca da mutação administrativa, abarcando em seu bojo os paradigmas e os papéis do Estado, transcorrendo sobre os modelos patrimonialista, burocrático e gerencial, instando que este último merecerá destaque nas abordagens. A Emenda Constitucional 19, de 1998, fornecerá o conteúdo jurídico a ser debatido, ressaltando as instituições introduzidas na perseguição da efetividade da atuação administrativa. Desta feita, serão utilizados como base argumentativa os ensinamentos do mentor da reforma, o então ex-Ministro da Administração Federal e Reforma do Estado, Luís Carlos Bresser Pereira. Entretanto, outros preclaros mestres comporão esta discussão, no intuito de criar diálogos que traduzam o que era, o que é, e o que pode vir a ser a Reforma Administrativa de 1998, visto que se trata de um planejamento estratégico, objetivando resultados a longo prazo.

2 NOÇÕES GERAIS ACERCA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Nada melhor que iniciar abordando conceitos, e utilizando a perspectiva do jogo de tênis, em que o bate e rebate de autores poderá construir uma fixação única, e diversas acepções acerca do mesmo tema. De acordo com Marinela (2011, p. 2), “O Direito Administrativo pode ser conceituado, em sentido amplo, como um ramo do Direito Público Interno que tem como objeto a busca pelo bem da coletividade e pelo interesse público.”. do seu lado, Mello (2014, p. 29) o conceitua como “o

¹ Acadêmico do Sexto Período do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho.

ramo do Direito Público que disciplina o exercício da função administrativa, bem como pessoas e órgãos que a desempenham.”. Corroborando com estes, Carvalho Filho (2014, p. 8) assevera como sendo “o conjunto de normas e princípios que, visando sempre ao interesse público, regem as relações jurídicas entre as pessoas e órgãos do Estado e entre este e as coletividades a que devem servir.”. Inobstante a diferença das palavras, através de uma interpretação teleológica se chega-se que os mestres supramencionados sindicalizam o mesmo escopo: a supremacia do interesse público.

Ademais, de nada convêm conceitos se não ofertados os mecanismos para realização do objetivo idealizado, e estes nada mais são que os princípios constitucionais e o regime jurídico administrativo.

Em brilhante raciocínio, e com agudeza peculiar, preleciona Mello:

Princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica de que lhe dá sentido harmônico. Eis porque: violar um princípio é muito mais grave 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, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra (MELLO, 2014, p. 54).

Nesta necessária reflexão sobre o significado de princípios, que se faz inesgotável pela profundidade de virtudes que lhe são conferidos, pode-se iniciar breves comentários sobre os que embasam a Administração Pública.

Citam-se e definem-se aqueles constantes na atual Constituição, especificamente os pertencentes ao artigo 37, caput, *in verbis*:

A administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios

obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e **eficiência** [...] (grifos nossos).

O princípio da legalidade consiste na subordinação à lei e não-contradição à lei. Noutros termos, só existe a atuação da Administração Pública se houver previsão legal. A impessoalidade, ou “não-discriminação”, consagra as práticas do Estado por meio do agente público, não se confundindo com tal pessoa. A moralidade ressalta a lealdade, a honestidade, ou seja, a não corrupção no trato com a atividade pública. A publicidade é a garantidora da transparência, é o controle da eficácia dos atos administrativos, excetuando-se os atos que pela intimidade e segurança que necessitam, inviabilizem a perpetuação do referido princípio, justificando a inaplicabilidade por meio da ponderação dos interesses envolvidos.

Desta feita, em síntese apertada, abordam-se aqueles constantes no artigo retromencionado, executando-se o princípio da eficiência, que será tratado com especificidade, adentrando a reforma administrativa, guardando para o próximo parágrafo dois outros, que por justificarem todo o regime administrativo, ganham espaço neste trabalho.

Decorrentes da busca pelo interesse público, os princípios da supremacia e indisponibilidade, em fina sintonia, fornecem ao Estado o poder extroverso, ou seja, a restrição de direitos individuais na busca do interesse da coletividade, bem como a garantia de que o administrador não se empenhará em interesses individuais em detrimento do interesse público. Destarte, resta o princípio da eficiência.

2.1 Princípio da Eficiência

A busca pela eficiência atravessou séculos e mudou a história, sempre no intuito de impulsionar as possibilidades de garantia de excelência na realização dos fins do Estado, de forma concreta, direta e imediata.

Negritou-se no artigo 37 da Constituição, alhures, a palavra eficiência. Passa-se a análise de suas diferentes conotações, visto que o gerencialismo a aprecia como chave-mestra para alcance dos escopos da Reforma, epicentro da pesquisa.

Em brilhante dissertação de mestrado, Oliveira (2013) esmiúça as raízes da palavra eficiência, aduz a sua origem, perpassa a sua utilização, bem como assevera sobre as dissonâncias entre

eficiência, eficácia e efetividade, até se chegar à aplicação na seara administrativa. Sustentada pelo artigo “*The origins and restriction of efficiency in public administration: regaining efficiency as the core value of public administration*”, de Van der Meer e Rutgers (2010), a autora ressalta as ideias aristotélicas, guiando o significado de eficiência ao encontro da teoria da causalidade, explicitando que a atribuição da palavra como “força motriz” enveredou a Administração Pública no século 20.

Nesse sentido, as associações entre causa e efeito presentes na teoria da causalidade, revelam de acordo com Van der Meer e Rutgers (2010, *apud* OLIVEIRA, 2013, p. 43), que:

a eficiência está sempre ligada a um propósito ou causa final: fim de alguma coisa (telos). O efeito real (alteração ou saída do repouso) da causa eficiente pode ou não resultar na realização da causa final (a lei pode falhar...). Fazendo um salto no tempo, isso significa que um gestor (agente eficiente) pode ou não realizar as tarefas que lhe são atribuídas.

Nesse contexto, Oliveira (2013, p. 43-44) traz à baila o raciocínio feito por Bentham (1817) que, ampliando o viés da teoria da causalidade, diferencia eficiência e efeito, aduzindo que “enquanto a primeira se refere à produção, a última diria respeito aos resultados ou efeitos que poderiam ou não servir à finalidade (causa final) da ação”. Desta feita, “a eficiência é, portanto, entendida como um atributo capaz de contribuir para os fins perseguidos, e não como uma relação econômica entre recursos e resultados.”. Destarte, evidente que a elevação dessa palavra ao *status* de princípio não deve levar em conta apenas a produção com menores gastos possíveis (economicidade), mas também efeitos que se traduzam em qualidade e efetividade na vida da população.

Por derradeiro, indispensável a compreensão que Oliveira (2013, p. 45) propicia ao concluir que a Administração, em seus diferentes aspectos e objetivos, sejam os de fortalecimento financeiro ou a construção/manutenção de uma imagem sólida e confiável, deve-se utilizar dos meios adequados (eficiência) para o alcance dos melhores resultados (eficácia), acompanhando a marcha do tempo para se renovar e se aprimorar às demandas sociais, tornando a efetividade mais próxima da realidade dos indivíduos.

Feita esta singela análise, culmina neste mo-

mento a trajetória histórica na perseguição da eficiência, esta já compreendida em todas as suas formas. Será que realmente se está empregando o verdadeiro valor do princípio da eficiência?

3 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PATRIMONIALISTA, BUROCRÁTICA E GERENCIAL

Salienta-se que este tópico será guiado a partir dos estudos de Neves (2010), que preleciona em valioso artigo a reforma administrativa de 1995-1998 sob a óptica de Max Weber. Será agregado a este íterim, também, as anotações do ex-Ministro da Administração Federal e Reforma do Estado, Pereira (1997), trazendo à baila a trajetória para a mudança de paradigma.

Através dos estudos de Weber, em que esse utiliza a dominação como elemento da ação social (essencial), compreende-se as raízes sociológicas da Administração Pública patrimonialista (tradicional) e burocrática (legal).

Dentre os modelos de dominação, perfeitamente enquadráveis no meio administrativo, reserva-se dois, quais sejam: tradicional e legal, como se vê, a seguir:

No modelo tradicional a característica da impessoalidade, que é característica do tipo burocrático, deixa de existir, não havendo o dever de servir à determinada finalidade objetiva e impessoal mediante a obediência de ordens abstratas que legitimam a conduta do dominado. Ao contrário, as normas que devem ser obedecidas têm o caráter da pessoalidade e são ditadas pelo mandante, tendo como fundamento a [...] tradição; a crença na inviolabilidade daquilo que foi assim desde sempre (NEVES, 2010, p. 1).

Desta feita, pode-se elencar como características do modelo patrimonialista a discricionariedade do dominador (senhor), a inexistência de competência, a meritocracia em segundo plano, prevalecendo indicações e nomeações para funções públicas. Trocando em miúdos, sob um critério do “privilégio”. Esse modelo foi empregado pela nação lusitana no domínio do Brasil, e, com as transformações proporcionadas pelo tempo, modificou-se, mas deixou como herança o próximo modelo a ser analisado, o burocrático, em que a eficiência aparece, só que ainda tímida.

O modelo burocrático (legal), em

contrapartida ao patrimonialista, possuía como características determinantes as competências, através das leis ou regulamentos administrativos. A hierarquia de cargos e de instâncias prosperava, havendo clara distinção entre público e o privado, acarretando em especialização e exclusividade do funcionário com a Administração Pública. Esse modelo se evidenciou no Brasil com a Revolução de 1930, em que o Estado Novo colocou como primazia as características acima descritas, racionalizando os meios (eficiência), mas olvidando a efetividade na gestão administrativa em aspecto geral, ou seja, ineficiência latente para produção de efeitos (eficácia).

Nestes termos, percebe-se a análise acurada de Max Weber nas reformas que a sociedade implementava, observando os reflexos de seus estudos nos modelos administrativos desenvolvidos no Brasil pré-reforma gerencial. Em correspondência ao tema, pontificou Pereira (1997, p. 41) que:

É importante apenas assinalar que a administração pública burocrática, que Weber descreveu como uma forma de dominação “racional-legal”, trazia embutida uma contradição intrínseca. A administração burocrática é racional, nos termos da racionalidade instrumental, na medida em que adota os meios mais adequados (eficientes) para atingir os fins visados. É, por outro lado, legal, na medida em que define rigidamente os objetivos e os meios para atingi-los na lei. Ora, em um mundo em plena transformação tecnológica e social, é impossível para o administrador ser racional sem poder adotar decisões, sem usar de seu julgamento discricionário, seguindo cegamente os procedimentos previstos em lei. No século dezenove, quando a administração pública burocrática substituiu a patrimonialista, isto representou um grande avanço no cerceamento da corrupção e do nepotismo. Entretanto, no século vinte, quando o Estado cresceu e assumiu novos papéis, ficou patente a ineficiência inerente a esse tipo de administração. Ao mesmo tempo que a burocracia estatal, ou seja, o conjunto de administradores públicos profissionais, via sua posição estratégica na sociedade aumentar, ficava claro que se tornava necessário adotar novas formas.

Nesse contexto, fica evidente que a sociedade sofria alterações incessantes, e a efervescência das relações internacionais traziam novos auspícios para se atingir uma plenitude na

prestação de serviços. Resta saber se estas reformas estão de acordo com um contexto social ou se foram eleitas para beneficiar alguns poucos.

Passa-se a análise do modelo gerencial, percorrendo suas peculiaridades.

3.1 Administração Pública Gerencial

Em janeiro de 1995 assumiu o Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, no Governo Fernando Henrique Cardoso (1994-2002), Luís Carlos Bresser Pereira. E ninguém melhor do que o próprio ex-Ministro para desenhar as características da “nova administração pública”, quais sejam: orientação da ação do Estado para o cidadão usuário; o enfoque no controle dos resultados por meio dos contratos de gestão; a ampliação e o fortalecimento da burocracia estatal, valorizando os trabalhos técnico e político, agregados no intuito de formulação das políticas públicas; a separação entre as secretarias de políticas públicas centralizadas pelo Estado das unidades descentralizadas; criação das agências executivas para realização das atividades exclusivas de Estado, e os serviços sociais e científicos de caráter competitivo, em que o Estado não se pode envolver; transferência para o setor público não-estatal dos serviços sociais e científicos competitivos; adoção conjunta de controles, seja através dos contratos de gestão ou diretamente pela sociedade; terceirização das atividades auxiliares ou de apoio, mediante licitações.

Nesse ínterim, de acordo com Pereira (1997, p. 44) o escopo seria diminuir o tamanho da atuação Estatal, porém tornando-o mais forte financeiramente, evitando crises fiscais, que assolaram o país na década de oitenta, bem como a estruturação de sua área de atuação, mantendo um núcleo estratégico de decisões, auxiliadas por uma burocracia capaz e motivada.

Diante o exposto, resta percorrer a ambiência que propiciou a Reforma Administrativa de 1998, traçando as influências da globalização até a Emenda Complementar 19/1998.

4 A REFORMA ADMINISTRATIVA DE 1998: DA GLOBALIZAÇÃO ÀS NOVAS INSTITUIÇÕES

Em meio à emancipação do “neoliberalismo”, em que as multinacionais se alastravam por todo o mundo, e sob ares de crises fiscais que deturparam países em desenvolvimento, cria-se um deba-

te de como adequar a Administração Pública aos novos processos sociais. Na opinião de quem foi Ministro e que escreve,

A globalização impôs, assim, uma dupla pressão sobre o Estado: de um lado representou um desafio novo – o papel do Estado é proteger seus cidadãos, e esta proteção estava agora em cheque; de outro lado, exigiu que o Estado, que agora precisava ser mais forte para enfrentar o desafio, se tornasse também mais barato, mais eficiente na realização de suas tarefas, para aliviar o seu custo sobre as empresas nacionais que concorrem internacionalmente (PEREIRA, 1997, p. 15).

Nesse sentido, o mentor da reforma em tela preconizava que com a perda de autonomia do Estado, pela globalização, as crises fiscais esgotavam as formas de intervenção, acarretando em obsolescência do modelo burocrático de administrar, que se fazia ineficiente e de baixa qualidade. Nesse mister, o Estado deveria passar a atuar como sócio, um agente facilitador, delimitando o seu papel com utilização de processos de privatização, publicização, terceirização, desregulação, aumentando a governança e a governabilidade. Em outras palavras, Pereira (1997) idealiza, respectivamente, a lógica dos processos de redução do tamanho do Estado, a diminuição de sua interferência nas atividades econômicas, o aumento da capacidade fiscal e administrativa, e o aumento do poder político democrático dos governantes.

Em consonância com esse raciocínio, pontifica Justen Filho (2014) que houve inúmeras causas para a globalização, podendo citar o progresso tecnológico, a influência militar, política e econômica dos Estados Unidos, bem como o “fim” da chamada guerra-fria, etc. Desta maneira, ressalta o autor que se torna difícil para o Estado a manutenção dos modelos difundidos em meados do século 20. Conclui Justen Filho (2014, p. 108) assinalando que, “há a redução da atuação estatal, com a convocação da sociedade e da empresa privada para promover a satisfação de necessidades de cunho coletivo.”

Ora, o desafio para a Administração Pública passa a ser a sua transformação nos moldes do gerencialismo.

Nessa missão, instrumentos jurídicos foram introduzidos. E passa-se à análise.

A Emenda Complementar 19, de 1998, alterou a recém-promulgada Constituição Cidadã

(1988), implementando a Reforma Gerencial do Estado. Como destaques iniciais do plano diretor da reforma, cita-se: instauração de políticas de profissionalização do serviço público; capacitação para os servidores gerenciarem os contratos de gestão; controle dos resultados; aumento da eficiência dos serviços; modificação das formas de controle da política fiscal e de gastos.

Dentre várias modificações, trata-se agora das mais relevantes, e que por substancial modificação, atrai embates doutrinários.

4.1 Controle de Resultados pelos Contratos de Gestão

Sob o prisma dos contratos de gestão, faz-se necessária a exposição de motivos que o fizeram surgir, para ponderação de críticas. Nesse bordo, há as seguintes palavras:

Ao mesmo tempo que a burocracia estatal, ou seja, o conjunto de administradores públicos profissionais, via sua posição estratégica na sociedade aumentar, ficava claro que se tornava necessário adotar novas formas de gestão da coisa pública, mais compatíveis com os avanços tecnológicos, mais ágeis, descentralizadas, mais voltadas para o controle de resultados do que o controle de procedimentos. E também mais compatíveis com o avanço da democracia em todo o mundo, que cada vez mais exige uma participação mais direta da sociedade na gestão pública (PEREIRA, 1997, p. 41-42).

Nesse sentido, a intenção seria dinamizar os mecanismos de controle, diminuindo o “tamanho do Estado”, terceirizando as atividades auxiliares, e, por conseguinte, viabilizando até mesmo privatizações. Seria a fortificação estrutural, financeira e estratégica da Administração Pública.

Em desacordo com os contratos de gestão, completa a doutrina:

[...] consiste em instituto que, para não se falar em outras violações à Constituição, se propõe a ensejar a ampliação da esfera de liberdade de pessoas da Administração indireta por contrato. Ora, até mesmo um primeiranista de Direito sabe que a esfera de competências outorgadas por lei a uma entidade pública não pode ser ampliada ou restringida senão por lei (MELLO, 2014, p. 1096).

Congruente com esse raciocínio, há as seguintes lições:

A utilização desse contrato é dispensável quando se fala em cumprimento de metas de desenvolvimento e de repasse de recursos, porque essas medidas poderiam ser tomadas por mero ato unilateral, sendo inócua a formalização do contrato. No que tange à maior eficiência, essa consiste em uma obrigação mínima de todos os entes da Administração Pública, sendo também um grande contrassenso a necessidade de contrato (MARINELA, 2011, p. 442).

Nesses termos, a ênfase no contrato de resultados se apresenta polêmica, instando a concordância deste trabalho a respeito da desnecessária contratação na busca da eficiência, em todas as suas acepções já esmiuçadas, visto que este tipo de ampliação de autonomia enseja atos corruptos e desvio de finalidades, possibilitando lesividades ao erário.

Ademais, um dos pontos nevrálgicos a se ressaltar são as unidades criadas para se valer dos contratos de gestão, em breve síntese e análise crítica. Dentre as entidades que se subsumam a contratualização do controle, foram escolhidas as agências reguladoras e as agências executivas.

Antes de adentrar nas especificidades, porém, necessária a dissertação genérica de Pereira (1997) acerca dos escopos dos novos institutos, *in litteris*:

Na execução das atividades exclusivas de Estado é na verdade necessário distinguir três tipos de instituição: as secretarias formuladoras de políticas públicas, que, no núcleo estratégico do Estado, em conjunto com os ministros e o chefe do governo, participam das decisões estratégicas do governo; as agências executivas, que executam as políticas definidas pelo governo; e as agências reguladoras, mais autônomas, que buscam definir os preços que seriam de mercado em situações de monopólio natural ou quase natural. As agências reguladoras devem ser mais autônomas do que as executivas porque não existem para realizar políticas do governo, mas para executar uma função mais permanente que é essa de substituir-se aos mercados competitivos (PEREIRA, 1997, p. 43).

Após essa abordagem, importante pincelar acerca das agências reguladoras e executivas, bem como as inovações da reforma frente aos agentes

públicos.

4.2 Agências Reguladoras

Em sintonia com os ensinamentos de Marinela (2011), as agências reguladoras possuem este nome, “agência”, como forma pomposa para atribuir especial função, sendo uma produção exógena, fora da sociedade brasileira. Segundo a autora “A expressão ‘agência’ vem sendo mal utilizada em virtude de algumas impropriedades na estrutura da Administração Pública, fazendo parecer mero entusiasmo do governante quando copiou o modelo americano, talvez por acreditar que a entidade teria maior credibilidade em razão do nome.” (MARINELA, 2011, p. 121).

As agências podem regular os serviços públicos propriamente ditos, como os de transportes terrestres (Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT), aquaviários (Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ); disciplinar atividades de fomento e fiscalização da atividade privada, citando-se o estímulo as atividades cinematográficas (Agência Nacional do Cinema – ANCINE); atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo (Agência Nacional do Petróleo – ANP); regular atividades que o Estado e o particular prestam (Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA); disciplinar o uso do bem público (Agência Nacional de Águas – ANA).

Para efetivação das perspectivas desta modalidade de autarquia especial, são a elas conferidas maior estabilidade e independência, sendo essas prerrogativas sindicalizadas pelo contrato de gestão, que amplia sua esfera de liberdade. Como características salutaras, podem ser elencadas o regime de pessoal, que segue a Consolidação das Leis do Trabalho, diferentemente dos servidores das demais autarquias; a forma de escolha de seus dirigentes, que ocorre por meio de ato complexo de manifestação do Presidente da República e do Senado, aglutinando as vontades; a atribuição de poder normativo (direito regulatório), possibilitando a inovação no ordenamento, regulamentando a lei, bem como o processo licitatório. Cumpre ressaltar que este ponto já foi alvo de polêmicas, que levou a doutrina assim cuidar da questão:

A Lei n.º 9.472/97, denominada norma geral das telecomunicações e que cria a ANATEL, estabelecia que tal agência não estaria sujeita à Lei n.º 8.666/93 e poderia

definir seus próprios procedimentos para licitação, podendo inclusive adotar modalidades específicas como o pregão e a consulta (art. 54, parágrafo único). [...] Nessa ADIN, foram discutidos vários dispositivos da Lei n.º 9.472/97. [...] determinando o STF que essa contratação se submeta às regras da Lei n.º 8.666/93. Com essa decisão, não resta dúvida de que a agência reguladora está sujeita à norma geral das licitações, ficando rejeitadas as soluções legislativas similares previstas em outras normas, a exemplo da Lei n.º 9.478/97 (MARINELA 2011, p. 127).

Ainda a despeito das agências reguladoras, severas as críticas apontadas por Mello (2014, p. 1.096), que se fazem necessárias sobrelevar, assim:

No que atina às agências reguladoras, ao que parece criadas para atender a exigências dos investidores estrangeiros, constituem-se em instituto que não se acomoda bem ao Direito brasileiro e que, do modo como foram reguladas, incorrem, além disso, em inconstitucionalidade. Deveras, aos diretores destas entidades, cujos mandatos ultrapassam o período correspondente ao do Chefe do Poder Executivo, atribui-se a garantia de não serem exonerados salvo em decorrência de infração grave, após regular processo apurador. Ora, é da essência do regime republicano a temporariedade dos mandatos precisamente para que o povo possa sufragar quem altere a orientação político-administrativa rejeitada nas eleições. [...].

Desta feita, enxerga-se os dois lados da moeda. Entretanto, este trabalho vai de encontro às críticas do eminente doutrinador supra. Não se pode perseguir a eficiência a qualquer custo. Ideias de reforma sempre devem ser bem-vindas, principalmente as que visem a otimizar o sistema. Mas, feitas a qualquer maneira, acabam por ferir os princípios basilares do regime jurídico administrativo, sendo preferível a demora transparente do que a eficácia obscura na realização dos serviços públicos.

4.3 Agências Executivas

De acordo com Carvalho (2015, p. 187), as autarquias comuns, após estabelecimento de plano estratégico de reestruturação e de desenvolvimento institucional, bem como a celebração de um

contrato de gestão, passam a gozar do *status* de agência executiva, adquirindo vantagens especiais, como maior independência e orçamento, comprometendo-se, no entanto, a aperfeiçoar seus serviços, ou seja, cumprindo o contrato de gestão.

A Lei 9.649/1998, dispõe:

Art. 52. Os planos estratégicos de reestruturação e de desenvolvimento institucional definirão diretrizes, políticas e medidas voltadas para a racionalização de estruturas e do quadro de servidores, a revisão dos processos de trabalho, o desenvolvimento dos recursos humanos e o fortalecimento da identidade institucional da Agência Executiva.

Seguindo a linha de raciocínio de Carvalho (2015, p. 188), a agência executiva não se confunde com a reguladora, pois ao contrário desta última, não goza de regime especial de nomeação de dirigentes e autonomia financeira, bem como inexistente o poder de edição de normas gerais de fiscalização de atividades.

Desta maneira, percebe-se que a qualificação como executiva apenas prima pela eficiência dos serviços públicos, não ocorrendo modificações no tanger as finalidades da autarquia.

Sem mais delongas, oportunizando a contradição a respeito das inovações trazidas pela reforma, Mello (2014) refere-se aos contratos de gestão como “um arremedo de contrato, sem qualquer valor jurídico”, pensamento esse que se coaduna com toda pesquisa elaborada por este trabalho.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise realizada por este trabalho pretendeu percorrer as nuances da Reforma Administrativa de 1998, demonstrando a interpretação coerente acerca do princípio da eficiência, e questionando a sua efetividade. Percebe-se que se confrontaram ideias de autores renomados, sempre no intuito de despertar máxima discussão acerca das mutações administrativas que ocorreram nas últimas décadas.

Por derradeiro, frisa-se na pergunta: será que as mudanças trazidas pela reforma gerencial propiciaram a efetiva realização dos interesses públicos ou visaram aos interesses privados? A resposta adequada seria, “depende”. Os auspícios foram os melhores, porém, incongruências são facilmente verificáveis, e, enquanto não se fizerem

as necessárias ponderações entre os princípios e os instrumentos inseridos pela emenda, reduzindo o tamanho do Estado sem retirada de seu poder, não se alcançará resultados satisfatórios para a população, que anseia qualidade, transparência e efetividade na prestação administrativa gerencial. Apesar da introdução de mecanismos jurídicos consideráveis, percebe-se que se alcançou a eficiência (meio), mas não a eficácia (resultado), inviabilizando a efetividade. Nesse sentido, a Administração Pública deve enfrentar os desafios da eficácia, elevando o regime jurídico administrativo, ao revés do atalho perigoso que se chama “contrato de gestão”, e dessa forma olhar para si, e não se idealizar nos países vizinhos que se acham “desenvolvidos”.

Não se deve rejeitar as boas ideias. Não. Mas, deve-se amoldá-las para o que realmente se faz indispensável na prestação administrativa, que nada mais é, que efetividade em toda sua imensa seara de atendimento à sociedade.

REFERÊNCIAS

- CARVALHO, Matheus. *Manual de direito administrativo*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 4. ed. Niterói: Impetus, 2011.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- MORAES, Alexandre. *Reforma administrativa*. São Paulo: Atlas, 1999.
- NEVES, Adriano Craveiro. A reforma administrativa brasileira (1995-1998) sob a ótica weberiana. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2596, 10 ago. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17153>>. Acesso em: 29 maio 2015.
- OLIVEIRA, Ana Roberta Santos de. Edital eficiente: aplicação do princípio da eficiência em procedimentos licitatórios (CJU-PE, 2010 – 2012). Brasília: Publicações Eletrônicas da Escola da AGU, 2013. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/16422515>. Acesso em: 29 maio. 2015.
- PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **A reforma do estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle**. *Caderno 01*. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997.

RELAÇÕES ENTRE A HISTÓRIA E O DIREITO: convergências e definições dessas duas áreas do saber

Renat Nureyev Mendes¹

RESUMO

O presente trabalho procura relacionar duas áreas do saber, quais sejam a História e o Direito. Dessa relação nasce uma terceira: a História do Direito. Aqui, buscar-se-ão os conceitos de ambas, além de fazer alguns outros apontamentos. Baseado em referências bibliográficas que dizem respeito ao tema, o texto procura explicar como funciona a disciplina derivada: a História Jurídica. Dessa forma, de modo a cumprir tais objetivos, tentar-se-á buscar o seu conceito, bem como os seus objetivos e a sua razão de existir, além de tentar perceber como as transformações da sociedade influenciam as duas áreas em questão.

Palavras-chave: História, Direito, História do Direito.

ABSTRACT

This paper seeks to relate two disciplines, namely history and law. This ratio rises a third: the History of Law. Here, the concepts of both will seek to, in addition to a few other notes. Based on references that relate to the theme, we sought to better understand how the discipline derived works: The Legal History. Thus, in order to accomplish these objectives, will try it out-get your concept, as well as their purpose and their reason for being, and try to understand how the changes in society influence the two areas in question.

Keywords: History, Law, History of Law.

1 INTRODUÇÃO

A fim de melhor compreender a História do Direito, entendendo, assim, os diálogos entre es-

sas duas áreas do saber, tentar-se-á responder a algumas questões fundamentais para tal intuito, quais sejam: o que é História? O que é Direito? O que é História do Direito? Quais pontos História e Direito têm em comum? Qual o objetivo do estudo de História do Direito?

Satisfeitas tais questões, haverá naturalmente uma simplificação do estudo do objeto a ser abordado pelos jus-historiadores. Nesse sentido, “esta necessidade do conhecimento do objeto antes de uma análise de seus pontos é a base para a compreensão global do objeto de estudo de qualquer ciência.” (CASTRO, 2009, p. 1).

Para alcançar os escopos pretendidos, dividiu-se, aqui, o trabalho de uma maneira didática de modo a facilitar a leitura dos interessados. Primeiramente, buscou-se tratar da História, conceituando-a e fazendo alguns outros apontamentos. Em um segundo momento, tentou-se conceituar, outrossim, o Direito; e fazer algumas observações importantes. Por fim, houve uma tentativa de relacionar essas duas áreas do saber que, por vezes, *andam de mãos dadas*. Aqui, tentar-se-á buscar o conceito de História do Direito, bem como, seus objetivos e quais os pontos em comum essas duas áreas do saber (História e Direito) têm.

2 HISTÓRIA: CONCEITOS E ALGUNS APONTAMENTOS

“Passado” é a primeira palavra que vem à mente quando se pensa em História. Crucial, nesse sentido, torna-se pensar se o passado seria história; se todo o passado seria história; e, por fim, se tudo no passado seria história (CASTRO, 2009). Acredita-se que todo o passado poderia ser história e que, desse modo, tudo nele também poderia sê-lo². Todavia, há alguns elementos que devem ser levados em consideração – e são justamente sobre os quais que se tratará neste primeiro tópico.

¹ Graduado em História pela Universidade Estadual de Montes Claros (Unimontes). Pós-graduado em Didática e Metodologia do Ensino Superior pela Unimontes. Acadêmico do Curso de Direito pela Faculdade de Direito Santo Agostinho (FADISA).

² Numa nova óptica da história, o que se percebe é que surge uma variedade de objetos possíveis de serem estudados; nesse sentido, não só grandes feitos, grandes heróis, as nações mais “importantes” têm história, mas, todos e tudo também as têm.

Borges (1993) busca o conceito de História no dicionário, onde encontra algumas definições sobre o termo. Dentre as quais, elenca quatro ou cinco definições, dando especial destaque a duas, que julga ser as mais apropriadas para o que se busca um historiador. Nesse sentido, segundo a autora em assunto

No novo dicionário Aurélio, ao se procurar o termo ‘história’ encontramos muitos significados para a palavra. Entre uns quinze enumerados, podemos destacar alguns que enfocam a história como: o passado da humanidade, o estudo desse mesmo passado, uma simples narração, uma ‘lorota’, uma complicação, etc. Todos esses conceitos podem ser vistos como relacionados ao conceito atual de história (BORGES, 1993, p. 47).

Neste trabalho, entretanto, serão utilizados os dois primeiros conceitos elencados pela referida autora. Borges (1993) destaca que, na Língua Portuguesa – ao contrário do que acontece com outros idiomas, como o Alemão, em que há termos distintos para a situação em estudo – usa-se um mesmo termo para significar, ao mesmo tempo, dois sentidos diferentes. Nesse diapasão, o termo “história” significa, simultaneamente, os acontecimentos que se passaram e o estudo desses acontecimentos (BORGES, 1993). “Numa extensão ampla dos dois sentidos, história seria então aquilo que aconteceu [principalmente com o homem] e o estudo desses acontecimentos” (BORGES, 1993, p. 48). Destarte, percebe-se que as duas definições da palavra estão, pois, intimamente ligados: os acontecimentos históricos são o objeto de estudo do conhecimento histórico.

Ehrarde e Palmade dizem que “a história é a memória da humanidade, mas não é suficiente recordar para ser historiador.” (EHRARDE; PALMADE *apud* CASTRO, 2009, p. 1). Eis o porquê de alguns historiadores diferenciarem o trabalho de sua “classe”, do trabalho dos memorialistas. Segundo esse pensamento, os historiadores constroem um trabalho com uma visão crítica, buscando algo diferenciado; enquanto que os memorialistas apenas reproduzem fatos ocorridos no passado, registrando-os. Assim, percebe-se que é demasiado importante buscar uma óptica crítica nos trabalhos desenvolvidos na ciência histórica – visto que o vernáculo “crítica” tem de estar na definição da história e, por conseguinte, do historiador.

Já se falou, nessa oportunidade, de *passado* e de *visão crítica*. A essas duas expressões, que deveriam fazer parte do conceito de história, pode-se, outrossim, adicionar a esse conceito a *transformação* e o *fator humano*. Aquela, por ser a essência da história; e este, o ser humano, por ser o único capaz de executar tal tarefa (CASTRO, 2009). Assim, pode-se chegar à conclusão de que o homem é o objeto da História, ou seja, “o estudo da História concentra-se no Ser Humano e a sucessão temporal de seus atos.” (CASTRO, 2009, p. 2). Deste modo, “a história é a história do homem, visto como um ser social, vivendo em sociedade. É a história das transformações humanas, desde o seu aparecimento na terra até os dias em que estamos vivendo.” (BORGES, 1993, p. 48).

Para Albergaria (2012), os seres humanos são, simultaneamente, atores e observadores da História. Eles têm consciência, ou seja, sabem da importância dos fatos em suas vidas e, munidos desses conhecimentos, tentam modificar tudo aquilo que não os agrada ou que simplesmente pode ser melhor, o que demonstra a importância da História.

Há uma tentativa de explicação do Ser Humano estudando a sua própria espécie, por Veyne. Segundo ele, há dois motivos para isso:

Primeiramente, o fato de pertencermos a grupo nacional, familiar [...] pode fazer com que o passado desse grupo tenha um atrativo particular para nós [seres humanos pertencentes a esse grupo]; a segunda razão é a curiosidade, seja anedótica ou acompanhada de uma exigência da inteligibilidade (VEYNE, 1998, p. 69).

Assim, na tentativa de criação de um conceito para a história, levando em consideração tudo que foi tratado nessa primeira parte deste trabalho, chegou-se a este: História é o passado da humanidade, bem como o seu estudo, normalmente feito pelos historiadores, com uma visão crítica, levando-se em consideração, as transformações ocasionadas pelo homem na sociedade, com seus atos, ao longo do tempo.

Sabe-se, agora, o que é a história. Mas, para que ela serve? Eis a resposta: “A função da história, desde seu início, foi a de fornecer à sociedade uma explicação sobre ela mesma.” (BORGES, 1993, p. 49). Dessa maneira, “saber o que o homem fez em sociedade desde que está na Terra mostra muito sobre o próprio homem, ajuda a entendê-lo e a entender as sociedades. É como o

fato de se saber o que faz e fez uma pessoa. Ajuda a entendê-la” (idem, ibidem, p. 54).

Ainda sobre a importância e função da História, Albergaria (2012) leciona que para que o ser humano possa entender quem é, como pensa e como sente, é necessário que se tenha consciência da sua história, do seu passado. Para ele, deve-se aprender, com a História, o que Homem já fez e deu certo, para repetir; bem como perceber o que deu errado, para tentar evitar esses erros. Só quem conhece a história consegue entender seu sentido e utilizá-la como ferramenta para melhorar o presente e, quem sabe, antever um pouco o futuro.

A fim de fornecer uma explicação à sociedade sobre ela mesma e tentar repetir acertos e evitar erros, a história, hodiernamente, aproxima-se cada vez mais das outras áreas do conhecimento que estudam o homem (a Sociologia, a Antropologia, a Economia, a Geografia, a Psicologia, a Demografia, e outras).

A estas áreas do conhecimento, elencadas no parágrafo anterior, adiciona-se, nestas linhas, o Direito. Este sempre tem ajudado a história a dar algumas explicações para a sociedade. Muitas vezes o Direito serve, até mesmo, de fonte para a história, e, em outras oportunidades, busca, na história, respostas para questões hodiernas; entretanto, sobre a relação entre os dois, tratar-se-á adiante.

3 DIREITO: CONCEITOS E ALGUNS APONTAMENTOS

Sobre a origem do termo “Direito”, há a seguinte doutrina:

A palavra ‘Direito’, bem como ele próprio no sentido amplo da Ciência do Direito, vem dos Romanos antigos e é a soma da palavra DIS (muito) + RECTUM (reto, justo, certo); ou seja, Direito em sua origem significa o que é muito justo, o que tem justiça (CASTRO, 2009, p. 2).

Sabendo, portanto, que a palavra “Direito” formou-se desta junção latina (*dis + rectum*), pode-se entendê-la, segundo um verbete de De Plácido e Silva, como “tudo aquilo que é conforme à razão, à justiça e à equidade” (*apud* NASCIMENTO, 2001, p. 7).

Nos dizeres de Reale (2011, p. 64), “a palavra Direito tem diferentes acepções, o que pode parecer estranho, mas já advertimos que é impossível nas ciências humanas ter-se sempre uma só palavra para indicar determinada ideia e apenas ela.”. Não se pode negar a verdade do comentário de Reale. Todavia, pode-se acrescentar que, não obstante a palavra ‘direito’ se apresente com uma diversidade de acepções, e cada uma com suas peculiaridades, elas se inter-relacionam.

Sobre essa questão, discutida no parágrafo acima, há o seguinte comentário, cheio de detalhes, *verbis*:

O vocábulo direito pertence à classe das palavras analógicas⁴ – aquelas que têm sentidos diferentes, mas com ligação, conexão, entre si. Assim, se se diz que Direito é uma lei, uma norma, há uma classificação de tal ciência com objetividade. Para se entender Direito em sentido subjetivo, tem-se de entendê-lo como uma possibilidade de dispor do que pertence a alguém ou concessão de uma atitude a outrem na área que é particular a alguém, e, se se pensa o direito como aquilo que é correto, reto, perfeito, a qualidade justa é que vale mais. Como palavra analógica, pode-se perceber que tanto o caráter objetivo quanto o subjetivo ou na questão da qualidade, o que se fala em direito tem ligação entre si. Há, portanto, conexão de ideias, embora com significados diferentes (VELOSO, 2005, p. 22).

Apesar de parecer simples dar uma definição para o Direito, esta é uma tarefa demasiado complexa. Nesse sentido, o Direito pode ser definido, assim como a História (vide “tópico 2”), de diversas maneiras. Deste modo, semanticamente, “o vocábulo direito é polissêmico, por ter mais de um significado para um único verbete.” (VELOSO, 2005, p. 22). Entendendo, portanto, a palavra direito como polissêmica, ter-se-ão, assim, muitas acepções para ela. Dessa forma, Direito pode ser um curso superior que forma bacharéis; pode ser ainda, o ordenamento jurídico de um país (Direito brasileiro, Direito argentino, alemão, etc.); pode, outrossim, ser um direito subjetivo de alguém; pode ser utilizado como sinônimo de Justiça, como fato social, entre outras possibilidades.

Indo pelo mesmo caminho do parágrafo anterior, Dimoulis (2008) distingue quatro significa-

⁴ Assim como a “história”, como pode ser visto no tópico anterior, o “direito” também é uma palavra analógica (sentidos diferentes, mas com ligação entre estes).

dos diferentes do termo “Direito”. No primeiro, ele escreve que: “Direito é o justo, aquilo que cada pessoa deve fazer ou deixar de fazer em uma sociedade bem ordenada e justa. Este significado está relacionado com o termo latino *directum*, que significa reto, bem direcionado, correto.” (DIMOULIS, 2008, p. 18-19). No segundo significado para o termo, ele diz que: “Direito é aquilo que alguém pode fazer, exercendo uma faculdade [...], exigindo uma prestação [...] ou omissão [...]. Esta é definição do ‘direito subjetivo’” (idem, ibidem, p. 19) – de onde a ideia da *facultas agendi*. Em uma outra definição, Dimoulis registra: “Direito é o estudo das normas jurídicas [...]. Aqui o termo ‘direito’ designa o conjunto das disciplinas jurídicas, que muitos denominam ‘ciências jurídicas’” (idem, ibidem, p. 19).

Em uma última tentativa de mostrar mais uma definição que é a dada ao direito, Dimoulis ensina que este “é o conjunto de normas que objetivam regulamentar o comportamento das pessoas na sociedade. Essas normas são editadas pelas autoridades competentes e preveem, em caso de violação, a imposição de penalidades por órgãos do Estado.” (DIMOULIS, 2008, p. 19) – eis a ideia da *normas agendi*.

Soibelman preleciona que:

Existem dezenas de definições do Direito, e Kant admitiu que não havia uma definição que satisfizesse a todos. É que a definição exige um estudo prévio para separar o direito das normas de outra natureza que regem a vida humana, tais como as regras morais, a de adesão a uma filosofia que conceitua o jurídico desta ou daquela forma, por antecipação ao conjunto com a realidade que deverá ser reconhecida como jurídica (SOIBELMAN, 1981, p. 120).

Concorda-se, por evidente, com Soibelman, quando ele enfatiza a dificuldade em se definir o Direito. Já se mostrou, nos parágrafos acima, o caráter analógico e polissêmico do Direito. Cabe, ainda, ressaltar, nessa oportunidade, que o conceito de Direito sofre mudanças ao longo dos tempos. Dimoulis elenca dezoito definições do direito na “Lição 1” de seu livro *Manual de introdução ao estudo do direito*, mostrando exatamente essa ideia de diferença entre os conceitos. Entre os pensadores que ele, Dimoulis, trabalha, buscando o conceito de Direito, pode-se elencar Platão, Aristóteles, Celso e Ulpiano, Tomás de Aquino, Thomas Hobbes, Samuel Pufendorf, Baruch

Spinoza, Jean-Jacques Rousseau, Immanuel Kant, Georg Wilhelm Friedrich Hegel, Friedrich Carl von Savigny, Karl Magnus Bergbohm, Eugen Ehrlich, Hans Kelsen, Yevgeniy Bronislavovich Pachukanis, Robert Alexy, Eros Roberto Grau. E passa pelos estoicos, como fundamento.

Pensando nas convergências das definições dos pensadores elencados acima, Dimoulis (2008) percebe que os pontos em comum existentes nesses conceitos são a relatividade histórica do Direito e o Direito como *dever ser* social e a coerção. Esses são elementos presentes nas definições, daqueles autores citados, feitas em diversos períodos históricos.

Sobre a relatividade histórica do Direito, Dimoulis (2008) leciona que a definição do Direito não pode ser válida para todas as sociedades e para todos os tempos. Nesse sentido, fica evidente o dinamismo do Direito. Como exemplo disso, têm-se as palavras de que “O direito que conhecia Platão ou Aristóteles era diferente do direito cristão da época medieval e este último é diferente do direito capitalista da atualidade.” (DIMOULIS, 2008, p. 35).

Em todas as definições, os autores dos conceitos de Direito consentem que ele é composto de normas que regulamentam o comportamento das pessoas na sociedade, mostrando, assim, a característica do *dever ser* social do Direito. Por fim, “um outro elemento em comum das várias definições encontra-se na constatação de que o direito é um dever ser de particular natureza [...] um *dever ser* particularmente forte e ameaçador.” (DIMOULIS, 2008, p. 38), o que demonstra a presença do elemento “coerção” nos conceitos de direito.

Refletindo um pouco sobre as divergências ideológicas nas definições de Direito, Dimoulis comenta que “esses elementos em comum não escondem as grandes divergências entre as definições do direito. Quando se trata de autores que viveram em épocas diferentes podemos explicar as diferenças lembrando da relatividade histórica das experiências jurídicas.” (DIMOULIS, 2008, p. 38). Todavia, quando os autores atuaram no mesmo período e contexto, e às vezes até na mesma cultura, e mesmo assim divergem nas definições do Direito, deve-se, a divergência, “ao fato de que cada um adota uma ótica diferente, devido às suas concepções filosóficas e científicas.” (DIMOULIS, 2008, p. 39), como já explicou Soibelman, em palavras anteriormente transcritas.

Pensando o Direito em qualquer uma das suas definições, mas, observando, principalmente, a última definição feita por Dimoulis, já supracitado, e entendendo o Direito, em um sentido comum, como “o conjunto de normas para a aplicação da justiça e a minimização de conflitos de uma dada sociedade.” (CASTRO, 2009, p. 2), pode-se perceber o fator humano. Tanto é que “estas normas, estas regras, esta sociedade [presentes no conceito acima] não são possíveis sem o Homem, porque é o Ser Humano quem faz o Direito e é para ele que o Direito é feito.” (CASTRO, 2009, p. 2). Aqui, percebe-se a mister importância do indivíduo na confecção do Direito e a quem ele se destina.

Ráo comenta sobre essa dependência do fator humano. Segundo ele, “o direito pressupõe, necessariamente, a existência daquele ser e daquela atividade. Tanto vale dizer que pressupõe a coexistência social, que é o próprio homem.” (1995, p. 51). Nesse mesmo diapasão, a doutrina ensina que:

O ser humano é gregário por natureza, não só pelo instinto sociável, mas também por força de sua inteligência, que lhe demonstra que é melhor viver em sociedade para atingir seus objetivos. O homem é “essencialmente coexistência”, pois não existe apenas, mas coexiste, isto é, vive necessariamente em companhia de outros indivíduos. Com isso, espontânea e até inconscientemente, é levado a formar grupos sociais: famílias, escola, associações esportiva, recreativa, cultural, religiosa, profissional, sociedades agrícola, mercantil, industrial, grêmio, partido político, etc. (DINIZ, 2012, p. 260).

Nesse sentido, frente às reflexões apresentadas sobre a História e o Direito enquanto ciências, fica evidente a importância das duas áreas, bem como uma clara das suas relações com o Homem. Não se faz História ou Direito sem se perceber as constantes transformações da sociedade e os mecanismos tradicionais e legais que conformam as relações sociais. História e Direito, nesse contexto, se inter-relacionam, permitindo, dessa forma, compreender, com maior eficácia, uma História do Direito.

4 HISTÓRIA DO DIREITO: CONCEITO E CONVERGÊNCIAS DE DUAS ÁREAS DO CONHECIMENTO

Rabinovich Berkman (2011) entende que existem duas *áreas do saber* presentes na *História*

do Direito, todavia, mesmo sendo um jurista, pelas suas palavras, não desvalorizando o Direito (logicamente), percebe-se uma exaltação da História. Para ele, quando se diz “História do Direito”, faz-se referência a duas ciências: a histórica e a jurídica. Dessa forma, assumir-se-ia como proposta a existência de uma terceira disciplina. Esta teria suas peculiaridades, mas sempre seria uma ciência histórica. Ainda sobre essa questão, esclarece:

O fato de tratar-se de uma disciplina histórica significaria que as pessoas que a cultiva buscam pesquisar, descobrir e recriar o passado humano. O fato de ser “jurídica” implicaria que elas se interessariam especificamente pelos aspectos do passado vinculados ao direito de modo mediato ou imediato (RABINOVICH-BERKMAN, 2011, p. 1).

Destarte, quem optar por trabalhar com essa disciplina *História do Direito* deverá utilizar as ferramentas críticas e as categorias terminológicas de ambas as disciplinas: a História e o Direito (RABINOVICH-BERKMAN, 2011).

Ao contrário do que prega Rabinovich-Berkman, Albergaria valoriza o Direito no que diz respeito a essa relação *História-Direito*, e, assim, ele acusa, tempestivamente, sobre a importância da História do Direito e o seu papel *sine qua non* para se entender a sociedade e a humanidade. Para ele,

é importante destacar que o Direito é a própria História da nossa humanidade. Não há como separar os dois elementos. Apesar de a História poder ser vista por várias facetas, tais como pelas artes, pela culinária, pela filosofia, pela medicina, pelo desenvolvimento científico e tecnológico, é justamente pela noção jurídica dos povos que se tem uma correta interpretação do mundo pretérito e de cada cultura (ALBERGARIA, 2012, p. 4).

Dessa forma, percebe-se, portanto, que a História do Direito, tratada como disciplina ou como segmentação para fins de estudos, é apresentada como a História do próprio mundo jurídico, como um todo. Nesse sentido, “o objetivo da história do direito é a interpretação dialética do fenômeno jurídico e seu dimensionamento em função do tempo.” (DINIZ, 2012, p. 249).

Wolkmer disserta que se pode, ademais,

conceituar a História do Direito como parte da História geral que examina o Direito

como fenômeno sociocultural, inserido num contexto fático, produzido dialeticamente pela interação humana através dos tempos, e materializado evolutivamente por fontes históricas, documentos jurídicos, agentes operantes e instituições legais reguladoras (WOLKMER, 2010, p. 5).

Nesse ínterim, pode-se dizer que “a história do direito estuda as instituições jurídicas dos povos civilizados nas fases sucessivas de seu desenvolvimento. Baseia-se em documentos, representados por escritos ou por monumentos chegados até nós, como o Código de Hamurabi, de mais ou menos 2000 a.C.” (KLABIN, 2004, p. 21).

É interessante destacar, ainda, que o “direito não se conserva estático, mas se dinamiza e se transforma na medida em que as condições sociais assim exigem; não há como desvinculá-lo da realidade histórica, pois é preciso saber como este direito foi, até ontem, para entendê-lo, hoje, e melhorá-lo, amanhã” (AZEVEDO, 2005, p. 21).

Assim, com outros termos, mas que se completam em termos de melhor definição,

o historiador procura reviver ou reconstruir o fenômeno jurídico em sua singularidade específica a fim de compreender seu significado no tempo. Faz uma análise atual do direito pretérito para, verificando os fins que perseguiram e seus efeitos sobre a sociedade, assinalar as vantagens ou inconvenientes das normas ou instituições no passado, comparando as soluções que se deram antes ou surgiram depois, para chegar ao conhecimento de todo processo histórico do direito (DINIZ, 2012, p. 248-249).

Sabe-se que, para se fazer *História do Direito* é preciso se pesquisar as legislações da época. Mas, só as leis são suficientes como fontes para esse tipo de pesquisa? A resposta vem assim:

As fontes da história do direito, além dos escritos propriamente jurídicos, tais como leis e obras dos juriconsultos, utilizam também documentos de ordem histórica e literária. A ‘história romana’ de Tito Lívio; os discursos tratados de Cícero, por exemplo, completam o manancial de documentos nos quais se abebera o historiador do direito romano (KLABIN, 2004, p. 22).

Pensando na finalidade de se estudar *História do Direito*, Wolkmer (2010) leciona que quanto aos *objetivos* da História do Direito, o escopo é fazer compreender como é que o Direito hodierno

se formou e se desenvolveu, bem como de que maneira evoluiu na defluência dos séculos. Do mesmo modo, o intuito é o exame crítico das legislações passadas com a finalidade de exposição de suas sucessivas transformações, frisando, com efeito, os modos por que estas ocorreram, conforme as mudanças da consciência, das condições e necessidades sociais. Em resumo, a História do Direito tem uma finalidade precípua, que interpretar, criticamente, todos os caminhos que levam à visão das instituições jurídicas atuais, com alicerce no que aconteceu alhures e em tempos idos. Tudo isso, em busca de fixação de normas que tornem o Ser Humano mais social, mais condizente com a sua condição de “humano”, cumpridor das regras de convívio.

Conhece-se, agora, a importância da *História do Direito*, o seu conceito, qual o seu objeto e qual a sua finalidade. Assim, para complementar esse tópico, pretende-se relacionar, de maneira mais detalhada, a História e o Direito. Nesse sentido, além de serem palavras em que ambas têm caráter polissêmico e analógico, como já tratado, é “possível perceber que História e Direito têm [ainda] algo em comum: o Homem. Assim, partindo do Ser Humano, é necessário salientar alguns pontos primordiais.” (CASTRO, 2009, p. 3).

Dentre todos os seres vivos, o Homem é, por excelência, o que produz cultura, o que manifesta raciocínio elevado, o que valoriza a memória (história). Para inteirar o tema, é interessante recordar algumas formulações convencionais de *Cultura*. Assim, cumpre assinalar que esta pode expressar: “a totalidade das manifestações e formas de vida que caracterizam um povo.” (JAEGER, 1979, p. 7); “o conjunto de tudo aquilo que, nos planos material e espiritual, o homem constrói sobre a base da natureza, quer para modificá-la, quer para modificar-se a si mesmo.” (REALE, 2011, p. 25); e, ainda, que “cultura é o conjunto das práticas, das técnicas, dos símbolos e dos valores que se devem transmitir às novas gerações para garantir a reprodução de um estado de coexistência social.” (BOSI, 1992, p. 16).

Os conceitos de cultura desenvolvidos no parágrafo acima vão, todos, pelo mesmo caminho; todos têm o mesmo sentido. Dessa forma, há convergências nos conceitos, pois, Jaeger, Reale e Bosi visualizam a *Cultura* como “o processo pelo qual o homem acumula as experiências que vai sendo capaz de realizar, discerne entre elas, fixa as de efeito favorável e, como resultado da ação exercida, converte em ideias as imagens e lem-

branças. [...]” (PINTO *apud* CASTRO, 2009, p. 4).

Pode-se, portanto, perceber que o que se tem como cultura representa um tom temporal, marcador de um tempo, fixador do momento histórico. A cultura indica, além das características do indivíduo que a professa, também indica a época, o local e até o grupo social em que está mais presente quem a manifesta. E, para confirmar isso, tem-se o ditado árabe citado por Bloch, que diz: “O Homem se parece mais com seu tempo que com seus pais.” (BLOCH, 1976, p. 36).

Nesse diapasão, pode-se concluir que,

Sendo o Direito uma produção humana, ele também é cultura e é produto do tempo histórico no qual a sociedade que o produziu ou produz está inserida. Plagiando o ditado árabe, poderíamos afirmar que o direito se parece com a necessidade histórica da sociedade que o produziu; é, portanto, uma produção cultural e um reflexo das exigências desta sociedade (CASTRO, 2009, p. 4).

Compartilhando desse pensamento, Altavila (1963, p. 8) escreve que “os direitos sempre foram espelhos das épocas.”. Para o mesmo autor,

os direitos dos povos equivalem precisamente ao seu tempo e explicam no espaço de sua gestação. Absurdos, dogmáticos, rígidos, lúdicos e liberais, - foram, todavia, os anseios, as conquistas e os baluartes de milhões de seres que, para eles, levantaram as mãos, em gesto de súplica ou de enternecido reconhecimento (ALTAVILA, 1963, p. 12).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Acredita-se que um maior diálogo entre a História e o Direito contribuiria para um maior avanço dessas duas *áreas do saber*. Com efeito, o Direito serviria como campo (ou como fonte) de pesquisa para a História. E já esta poderia ser útil para o melhor entendimento daquele.

Ainda pensando na relação entre as já supracitadas áreas do saber, “a história se mostra importante para o Direito no momento em que serve como conhecimento e acúmulo de experiências passadas, possibilitando uma ampliação das análises de situações jurídicas e na interpretação dos textos normativos.” (FERREIRA, 2008, p. 1). A recíproca é verdadeira. A História, outrossim, precisa do Direito. O Direito propicia à História a vi-

são do passado que faz com que as regras do presente e do futuro sejam mais apuradas, mais justas e, sobretudo, representativas da cultura do que é Bom, Justo, Humano e apreciável. Portanto, é a noção jurídica da História é que permite que se compreenda melhor a cultura, a sociedade, a política e o sistema de um determinado povo.

Mesmo assim, um importante aspecto deve ser reafirmado quando se procura interseções entre duas áreas: não se faz História sem compreender o Homem. Não existe Direito sem a importante consideração quanto aos atos do indivíduo em sociedade. Logo, a História Jurídica só se legitimará a partir da exata compreensão das transformações sociais que alteraram a visão do homem sobre a História e sobre o Direito.

REFERÊNCIAS

- ALBERGARIA, Bruno. *Histórias do direito: evolução das leis, fatos e pensamentos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- ALTAVILA, Jayme de. *Origem dos direitos dos povos*. 3. ed. São Paulo: Melhoramentos, 1963.
- BLOCH, Marc Léopold Benjamim. *Introdução à história*. Tradução de Maria Manuel et al. Mira-Sintra (Portugal): Europa-América, 1976.
- BORGES, Vavy Pacheco. *O que é história*. São Paulo: Brasiliense, 1993.
- BOSI, Alfredo. *Dialética da colonização*. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.
- CASTRO, Flávia Lages de. *História do direito: geral e do Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- DIMOULIS, Dimitri. *Manual de introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- FERREIRA, Eduardo Oliveira. *A importância da história para o direito*. Disponível em: <<http://cacyrodosanhos.files.wordpress.com>>. Acesso em: 12 dez. 2013.

KLABIN, Aracy Augusta Leme. *História geral do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

JAEGER, Werner Wilhelm. *Paidea: a formação do homem grego*. Tradução de Artur M. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1979.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

NASCIMENTO, Walter Vieira do. *Lições de história do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PINHEIRO, Ralph Lopes. *História resumida do direito*. 11. ed. Rio de Janeiro: Thex, 2004.

RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo David. *Trilhas abertas na história do direito: concei-*

tos, metodologia, problemas e desafios. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

REALE, Miguel. *Lições preliminares do direito*. São Paulo: Saraiva, 2002.

SOIBELMAN, Leib. *Enciclopédia do advogado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Rio, 1981.

VELOSO, Waldir de Pinho. *Filosofia do direito*. São Paulo: IOB Thomson, 2005.

VEYNE, Paul. *Como escreve a história: Foucault revoluciona a história*. Tradução de Alda Baltar e Maria Auxiliadora Kneipp. 4. ed. Brasília: Ed. UnB, 1998.

WOLKMER, Antônio Carlos. *História do direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

AUTOR CONVIDADO

PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE HUMANA E O DIREITO FRATERNAL**CONSTITUTIONAL PRINCIPLE OF HUMAN DIGNITY AND THE FRATERNAL LAW**Lafayette Pozzoli¹Álvaro Augusto Fernandes da Cruz²**RESUMO**

O presente artigo está ligado à linha de pesquisa Construção do Saber Jurídico, do Programa de Pós-Graduação em Direito do UNIVEM e ao Grupo de Pesquisa denominado Grupo de Estudos, Pesquisas, Integração e Práticas Interativas (GEP) do qual os autores fazem parte. Os princípios constitucionais regem todo o ordenamento jurídico e as práticas jurisdicionais com alto grau de subjetividade, fazendo com que, sempre ao se tomar atitudes e defender posicionamentos no âmbito jurídico, deve-se passar pelo crivo dos princípios constitucionais, desde os expressos de forma direta na legislação, como aqueles que não o são claramente prescritos como o princípio da dignidade humana. A importância de se respeitar o princípio da dignidade humana está em afirmar o Direito em seu papel de controlar a coexistência dos seres humanos de forma justa, que neste sentido se refere na busca pela paz. Entendendo por Justiça aquilo que permite ao ser humano ter seus direitos respeitados de forma eficaz, pode-se considerar que o Direito deve garantir à pessoa seu direito de “ser humano” no sentido de viver em paz, com dignidade em um ambiente fraterno. Na compreensão deste Direito fraterno, deve-se pressupor um Direito não mais pensado como meramente punitivo, mas sim, com o Direito com função promocional da pessoa humana. Enfim, a defesa por um Direito fraterno é a garantia de que se terá uma ordem jurídica voltada para o ser humano na

sua dignidade e com isso, a conquista de um Direito cada vez mais justo, atingindo a máxima eficácia no controle social pleno para o qual foi criado.

Palavras-chave: Dignidade Humana. Fraternidade. Princípios Constitucionais. Direito à Vida. Justiça. Igualdade.

ABSTRACT

This article is on line connected to Knowledge Construction in Law, the Post Graduate Program in Law from the Univem and Research Group - GEP - Group of Studies, Research, Integration and Interactive Practices, which the authors are members. The constitutional principles rule all our legal planning and judicial practices with a high degree of subjectivity, so that when we take the attitudes and defend positions in the legal sense, we must pass the scrutiny of constitutional principles, since the cast directly in the legislation, as those that are not clearly prescribed as the principle of human dignity. The importance of respecting the principle of human dignity is to assert the right in its role of monitoring the co-existence of human beings fairly, in this sense refers to the quest for peace. Understanding as justice what makes possible to a human have their rights respected effectively, we can consider that a law must guarantee the individual right to “human being” in the sense of living in peace with dignity in a fraternal environment. In understanding this right fraternal, we must assume a right no longer thought

¹ Pós-Doutor pela Universidade “La Sapienza”, Roma (2002). Doutor (1999) e Mestre (1994) em Filosofia do Direito pela PUC/SP. Graduação em Direito (1986) pela PUC/SP. Membro do Conselho Editorial da Revista EM TEMPO (UNIVEM) e da Revista de Direito Brasileira - RDBras, do CONPEDI. Membro da Comissão de Ensino Jurídico da OAB/SP. Advogado. Professor no UNIVEM e Professor na PUC/SP. Chefe de Gabinete na PUC/SP. Coordenador do Mestrado em Direito no UNIVEM. Sócio fundador da AJUCASP. Avaliador para cursos de Direito INEP/MEC. Foi membro do Tribunal de Ética - TED-1 e da Comissão da Pessoa com Deficiência da OAB/SP.

² Mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília (2011); Graduado em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília (2008); Especialista de Perícias em Avaliações Imobiliárias (2010). Professor e Coordenador do Curso de Direito na Faculdade de Ciências e Tecnologia de Unai (FACTU); Professor e Coordenador do Curso de Direito da Faculdade Santo Agostinho de Sete Lagoas (FASASETE).

of as merely punitive, but with the right to promotional function of the human person. Finally, the defense by a fraternal law is the guarantee that we will have a law aimed at human beings in dignity and with it the conquest of a law more fair, reaching maximum effectiveness in social control for which full was created.

Keywords: Human Dignity. Fraternity. Constitutional Principles. Right to Life. Justice. Equality.

1 INTRODUÇÃO

O artigo desenvolve um estudo do princípio da dignidade humana em que se vê não ser este dogmatizado conceitualmente, podendo ser exemplificado através de alguns tipos legais, porém, deve-se permitir sua análise com toda subjetividade que lhe é próprio.

Diante do aspecto subjetivo do que vem a ser dignidade humana, pode-se concluir que o direito à vida, como um direito mais protegido pelo ser humano, está em um mesmo nível de valor da dignidade humana. Isto porque não é possível dar o direito à vida sem preservar um mínimo de dignidade ao ser humano que é detentor deste direito.

É possível a aplicação deste princípio subjetivo uma vez que se pode analisar cada ato do universo jurídico com uma carga de valores próprios de uma sociedade ou de uma parcela desta sociedade, baseando-se nas condutas morais e éticas de cada sociedade que são possíveis de ser encontradas na mera compreensão das práticas sociais. É seguindo este raciocínio que a fraternidade se torna uma categoria importante no processo de efetivação dos direitos.

Deve-se ainda ressaltar o pensamento de um direito com função promocional da pessoa humana, com a qual se cumpre o direito não meramente por seus instrumentos de coação, mas pela necessidade. Função social que efetiva a consciência de que o cumprimento desse direito é essencial para proporcionar uma vida digna entre os homens.

Por fim, quando é tomada a dignidade humana com uma carga valorativa intensa e realmente praticada e aceita no universo jurídico, está-se diante de um direito que não prima pelo texto que foi escrito, seja ele atual ou retrógrado, mas um direito que busca a paz entre os seres humanos e que lhes gera o instinto de vida fraterna.

2 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA E O DIREITO A VIDA

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana está disposto no Título I da Constituição Federal, no artigo 1.º, *in verbis*:

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

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político. (Grifo nossos)

Contudo, a aplicação deste princípio não está determinada. Não se encontra no texto constitucional norma regulamentadora do referido princípio. Entende-se, assim, que o artigo 3.º da Carta Magna, demonstra exemplos de quais seriam os direitos de garantia da dignidade humana. Trazem assim as letras constitucionais:

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

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação.

Nessa seara, não há de se olvidar que se está diante de um rol meramente paradigmático que o legislador apresentou para nortear o que deve entender a hermenêutica jurídica no tocante à dignidade humana.

Assim, torna-se inevitável a aplicação do Princípio da Proporcionalidade na tentativa de valorar os direitos entendidos como de dignidade do ser humano e o direito mais preservado pela racionalidade humana que é o direito à vida. Nesse embate, entende-se que tais direitos não devem ser distintamente valorados, uma vez que estão no mesmo nível de igualdade por sua importância fundamental. Com uma análise humanística, pode-se concluir pela não existência de uma vida humana se esta não é provida de um mínimo de dignidade.

Neste sentido:

O ser humano é “pessoa” por não ser objeto nem animal, mas ser dotado de racionalidade e vontade, e é “pessoa humana” porque também é dotado de uma individualidade, isto é, forma um todo completo em si, uma vez que possui valores humanos e um espírito digno de respeito e liberdade (MOREIRA, 2001, p. 23).

Seguindo este raciocínio, é de grande valia o ensinamento de José Afonso da Silva ao sustentar que tal tipo de dignidade é inerente ao comportamento humano, mas que a dignidade prescrita na Constituição Federal de 1988 reporta-se a um atributo próprio do ser humano, como um “valor de todo o ser racional” e em virtude disso é que uma pessoa não pode ser privada de seu direito fundamental – a vida. Isto remete sistematicamente à necessidade da discussão jurídica da dignidade humana, como sendo a garantidora da vida humana.

3 DIGNIDADE HUMANA NA PRÁTICA SOCIAL

O ser humano moderno elegeu como direito de principal proteção e cuidado, o direito à vida. Com toda razão, de que valem códigos, leis e normas de conduta na esfera jurídica, se não existir uma vida a ser tutelada, um sujeito? Assim, uma vez que o direito à vida é indisponível, surge a questão no sentido de que, do que valeria uma vida por si só? Ou ainda, existe uma vida se ela não tem um valor ou sentido de ser?

É com tal raciocínio que se consegue chegar ao ponto em que é indispensável para se falar em proteção à vida, sem fazer dela uma carga de valores particulares ou somente sociais.

Portanto, no intuito de agregar à vida esse valor, que é inerente ao ser humano, surge a necessidade de salvaguardar a dignidade humana, para que haja sentido na proteção desse bem tão precioso que é a vida humana. O Professor Fernando Ferreira dos Santos ensina que:

A proclamação do valor distinto da pessoa humana terá como consequência lógica a afirmação dos direitos específicos de cada homem, o reconhecimento de que, na vida social, ele, homem, não se confunde com a vida do Estado [...] (1999, p. 20).

Tendo como referência, a dignidade do ser

humano, é fácil identificar seu critério subjetivo, já que cada ser humano possui sua própria dignidade. Não, perante o Estado, mas perante sua sociedade. Assim, a dignidade humana passa a ter valor em “pé de igualdade” com a vida do homem, vez que um não tem sentido sem o outro. Neste sentido:

Consequentemente, cada homem é fim em si mesmo. E se o texto constitucional diz que a dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil, importa concluir que o Estado existe em função de todas as pessoas e não estas em função do Estado (SANTOS, 1999, p. 92).

Pode-se exemplificar de várias formas o que seria uma vida digna que, mesmo já estudado ser inerente a cada ser humano, pode ser facilmente protegida, no seu mínimo, pelo detentor do Direito que é o Estado.

O ser humano digno é aquele que tem valores agregados a sua vida, valores esses instituídos pela sociedade em que vive ou por si próprio, que o Estado pode e consegue muitas vezes reconhecer, a exemplo do disposto no artigo 5.º da Constituição Federal.

Ensina Guerra Filho:

O respeito à dignidade humana, à qual se reporta a idéia democrática, requer uma concepção diferenciada do que seja “segurança”, “igualdade”, “justiça”, “liberdade”, etc., onde o ser humano jamais pode ser tratado como “objeto” e “meio” de realização de qualquer desses valores, mas sim os sujeitos a que eles se referem e à promoção de quem essa realização tem por finalidade.

Não há que se falar assim, que cabe apenas à particularidade de cada ser humano sua defesa à dignidade mas, ao detentor do direito, o Estado, cabe a responsabilidade de garantir ao cidadão sua dignidade humana como forma de fazer valer sua “autoridade democrática”.

4 DIGNIDADE HUMANA E FRATERNIDADE

A dignidade humana, como se viu anteriormente, pode ser entendida de diversas formas, considerando a cultura de cada povo. Da mesma forma, há que se falar em um fio condutor que perpassa o todo da história humana caracterizando o princípio da dignidade humana com a vida de cada ser humano.

Não se pode falar em dignidade sem proporcionar a igualdade entre os seres humanos. Igualdade material e não igualdade no sentido formal da palavra.

Por outro lado, o conceito material de igualdade apresenta uma conceituação no campo social e observa regra semelhante ao conceito formal, pois a igualdade está em tratar desigualmente os desiguais. A presença do valor “justiça” é uma constante; assim, ao afrontar o princípio da igualdade tratando igualmente os desiguais, estaria gerando uma visível situação de injustiça. [...] A paz, assim como a justiça, tem em vista o bem de cada pessoa e de todos, numa exigência de ordem e verdade. Estando a paz sob a mira da ameaça, atinge simultaneamente a justiça (POZZOLI, 2001, p. 106-108, *passim*).

Apenas o Direito fraterno poderá dar a efetiva igualdade entre as pessoas, eliminando o direito à igualdade baseado em um poder soberano, ao qual todos estão subordinados, porque o direito à igualdade deixa de ser efetivo em decorrência das desigualdades que ele mesmo impõe, a começar pela subordinação dos povos a um poder soberano, um poder desigual. Pensando neste sentido, o Princípio da Dignidade Humana, como fundamento do Estado e garantidor da vida, é possível dizer que se está diante de uma humanização do Direito ou, ainda, de um Direito mais digno.

Tal entendimento sobre a preocupação com a dignidade da pessoa humana nada mais é do que falar de um Direito fraterno.

A fraternidade, por mais que esteja impregnado na cultura em relação com a religião, aqui fica claramente apresentada como o grande objetivo da organização jurídica. A ordem jurídica, fundada no princípio da igualdade e da paz, voltada para a dignidade da pessoa humana, é o ordenamento da fraternidade. O ser humano não deve ser visto apenas como um ser que existe, mas deve ser visto essencialmente como um ser que vive em sociedade.

A fraternidade não deve ser vista apenas como uma ordem suprema ou mística mas, principalmente, como uma necessidade para uma melhor convivência em sociedade. É assim que Leciona Toledo (2004, p. 240):

Na medida em que vivemos em um mundo globalizado, não só econômica, mas culturalmente, o valor da tolerância e do respei-

to à alteridade se faz cada vez mais necessário, devendo o Estado, na qualidade de árbitro dos valores sociais, desfazer-se de qualquer liame religioso que impeça o correto exercício de sua função em prol do verdadeiro interesse público.

Então, ao se tratar da fraternidade no universo jurídico como uma essência da ordem jurídica, precisa-se atentar para as medidas que devem assegurar ao ser humano digno um Direito fraterno. O exemplo de maior amplitude e historicamente marcado na vida humana foi, sem dúvidas, a elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos, da Organização das Nações Unidas (ONU), maior documento jurídico produzido pela humanidade no século XX. O conteúdo da Declaração demonstra, claramente, um único objetivo universal que é o da busca da paz, o que faz com que o ordenamento jurídico tenha intrínseca ligação com o que se afirma ser fraternidade. Sobre este assunto:

A referida Declaração [...] consigna no seu texto o reconhecimento da dignidade da pessoa humana inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis como constitutivos do fundamento da liberdade, da justiça e da paz. Foram elementos importantes que tornaram os direitos da pessoa humana protegidos, para que a pessoa não se veja levada ao supremo recurso da revolta contra a tirania e a opressão (POZZOLI, 2001, p. 110).

A fraternidade é uma nova possibilidade de integração entre os povos e nações, fundamentada no cosmopolitismo, em que as necessidades vitais serão suprimidas pela amizade, pelo pacto jurado conjuntamente. Com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, o compromisso dos ideários foi praticamente universalizado. Conforme dispõe no seu art. 1.º, “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir uns aos outros com espírito de fraternidade.”. E, no art. 29, item 1, outra importante disposição: “toda pessoa tem deveres para com a comunidade, em que o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível.”.

A ideia de “jurar em conjunto” é também um requisito básico e que dá fundamento para que um novo humanismo brilhe. Este novo conceito tem vínculos com um futuro mais fraterno, em que os acordos são estabelecidos entre os iguais. Não é mais o direito comandado por um “Pai-soberano”.

Um novo conceito ou novo/velho pressuposto, muitas vezes esquecido ou contaminado é a amizade, que no mundo moderno nada mais que se faz do que acelerar seu processo ambivalente, representada pelo paradoxo inclusão/exclusão.

Certamente que estas reflexões sobre as questões suscitadas poderão contribuir para a construção de um novo paradigma para o sistema do Direito em especial, e, também, para o sistema da política.

Vale aqui reproduzir o Preâmbulo da Constituição Federal de 1988, em que o Constituinte teve inspirações fundamentadas nos valores que permeiam a sociedade brasileira, notadamente a parte que faz referência a uma “sociedade fraterna”. *In verbis*:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma **sociedade fraterna**, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil. (Grifos nossos).

5 CIDADANIA É PARCEIRA DA DIGNIDADE HUMANA E DA PAZ

Nos últimos tempos, é possível constatar que muitos relacionamentos entre pessoas (e também entre alguns Estados) têm sofrido pequenos abalos³. Talvez isto vem ocorrendo devido ao fato de que todos se aproximam mais intensamente do processo de globalização, intensificando a dimensão da comunicação.

Para analisar a questão, toma-se, de maneira analógica, o seguinte exemplo: existe uma perfeita ordem no universo e que – tudo indica – parece contrastar com uma assim chamada desordem que costuma reinar entre as pessoas e povos, como se as suas mútuas relações não pudessem ser reguladas senão pela força! Aliás, uma concepção errônea, mas frequente, que leva muitos a

julgar que as relações de convivência entre as pessoas e a sua respectiva comunidade política posam a se reger pelas mesmas leis das forças e dos elementos “irracionais” do universo. Mas, a verdade é que, sendo leis de gênero diferente, deve-se buscar apenas onde as inscreveu o Criador de todas as coisas, a saber, na natureza humana.

São, de fato, essas leis que indicam claramente como regular na convivência humana as relações das pessoas entre si, as dos cidadãos com as respectivas autoridades públicas. As relações entre os diversos Estados, bem como as das pessoas e comunidades políticas com a comunidade mundial, cuja criação é hoje urgentemente postulada pelo bem comum universal que tem na fraternidade um instrumento de grande valia.

Em uma convivência humana bem constituída e eficiente é fundamental o princípio de que cada ser humano é pessoa, isto é, natureza dotada de inteligência e vontade livre. Por essa razão, possui em si mesmo direitos e deveres, que emanam direta e simultaneamente de sua própria natureza. São direitos e deveres universais, invioláveis e inalienáveis.

O Estado de direito garante a inviolabilidade da dignidade da pessoa humana por meio da ordem jurídica. Assim, falar em paz é falar da Declaração Universal dos Direitos Humanos, da ONU, que representa um conjunto de aspirações proclamadas como ideal comum de todos os povos que buscam a paz. Nela, foi resumido o conjunto de valores presentes nos quatro cantos do planeta, tornando-a um documento histórico e da maior importância, produzido em meados do século XX.

A referida Declaração consigna no seu texto o reconhecimento da dignidade da pessoa humana inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis como constitutivos do fundamento da liberdade, da justiça e da paz. Foram elementos importantes que tornaram os direitos da pessoa humana protegidos, para que a pessoa não se veja levada ao supremo recurso da revolta contra a tirania e a opressão.

Objetivando mais facilmente alcançar a paz entre as nações, para que os Estados-membros da ONU pudessem convalidar em seus respectivos ordenamentos jurídicos da Declaração, foram aprovados em 1966 os Tratados Internacionais

³ Vale lembrar que a ONU proclamou o ano de 2009 como sendo o “Ano Internacional da Reconciliação”, conforme Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas (61/17).

denominados “Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais” e “Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos”⁴. Com isto, os Estados-membros assumiram a condição de coadjuvantes partícipes da paz.

Os respectivos Pactos, ou melhor, os Direitos Humanos, foram concebidos como proposta de um sistema de vida integral que abarcasse todos os âmbitos, o cultural, o econômico, o político e o social, tanto em nível individual como coletivo, e aplicável a todos, sem qualquer discriminação. Este, um desejo de sobrevivência cada vez mais profundo à medida que cresce a ameaça. Não se contentam em proclamar a sede da vida dos seres humanos, mas tentam permitir concretamente a sobrevivência. Enfim, o exercício da cidadania pode intensificar o processo de discussão de um projeto de desenvolvimento que aponta para o bem comum, coisa salutar desde que seja observado o respeito à dignidade da pessoa humana a todos, sem distinção.

Resta uma análise da efetividade da fraternidade com sua correlação com a dignidade humana. Para tanto, deve-se investigar o Direito com a sua função promocional da pessoa humana.

6 O DIREITO COMO FUNÇÃO PROMOCIONAL DA PESSOA HUMANA

O que caracteriza o Direito Positivo, no mundo contemporâneo, é uma contínua mudança. Por isso mesmo, torna-se difícil identificar o jurídico só pelo conteúdo. Daí, a necessidade de conhecer, identificar e qualificar as normas como jurídicas, pela sua forma. A este respeito, Kelsen deu uma contribuição teórica, de admirável rigor, ao elaborar, no âmbito da sua teoria, o Princípio da Dinâmica do Direito, graças ao qual conhece-se que uma norma é válida não porque tem um certo conteúdo mas, sim, porque foi formalmente criada de acordo com as normas previstas no ordenamento. E, dentre elas, as do Preâmbulo da Constituição Federal de 1988, como visto no item anterior.

Com isto, não é difícil identificar no Direito um instrumento promocional da pessoa humana, não sendo tão somente um Direito punitivo mas um Direito fraternal. Neste ponto, há harmonia com a seguinte doutrina:

O fim do Direito é ordenar a vida da sociedade, orientando a conduta de seus membros e a atividade de suas instituições. Para esse objetivo, ele estabelece normas e procura garantir a eficácia das mesmas, atribuindo conseqüências positivas a seu cumprimento e negativas ou punitivas à sua violação. Ver no Direito apenas o aplicador de sanções punitivas é diminuí-lo (MONTOURO, 1999, p. 252, grifos nossos).

É a nova forma de ver/analisar/aplicar o Direito. Aliás, o uso de estímulos positivos, de maneira preponderante o fraternal, em relação aos aspectos negativos, passa a ser uma característica das diversas ciências, não se circunscrevendo tão somente ao Direito. Afinal, os humanistas, o humanismo, estão presentes nos diversos setores da sociedade.

É com as indicações acima ponderadas que se busca supedâneo no contexto da Teoria do Direito Formal para mais bem poder compreender o tipo de normas que tratam dos Direitos Humanos e, notadamente do Direito fraternal, considerando tal Direito com a sua efetiva aplicação, ou seja, o exercício da cidadania.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por fim, é neste sentido que a fraternidade no Direito deixou, há muito, de ser uma preocupação somente para os teólogos ou filósofos. O Direito fraterno, hoje, é um Direito do ser humano como pessoa digna, e é dever do Estado garantir tal segurança.

Cabe, notadamente aos juristas, posicionar e lutar por este Direito. Mas, também, uma tarefa-dever de todos os cidadãos. O Direito fraterno é racional, é lógico e totalmente possível como demonstrado. E, por isso, merece a atenção de todos os cidadãos e, notadamente, a classe dos agentes do Direito que é a maior responsável pelas mais diversas doutrinas existentes no mundo jurídico.

A defesa por um Direito fraterno é a garantia de que se terá uma ordem jurídica voltada para o ser humano na sua vida digna e com isso, a conquista de um Direito cada vez mais justo, atingindo a máxima eficácia no controle social pleno para o qual foi criado.

Deve-se ter em mente um Direito que não deve ser pensado como mecanismo para legalizar

⁴ O Brasil já convalidou em seu ordenamento jurídico os respectivos Pactos em 1992.

punições ao cidadão por seu descumprimento mas, o Direito com sua função promocional, que o faz ser obedecido pela consciência do homem à importância da norma.

O começo da concreta efetivação de uma norma jurídica se dá com a sua plena correlação com os valores existentes na sociedade, num processo de conscientização. Assim, como analisado, no contexto há que ser observado o Princípio da Fraternidade, lastreado como um farol que ilumina todo o Ordenamento Jurídico que é o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Em síntese, vale ressaltar, um Direito voltado para a proteção e segurança da dignidade da pessoa humana, que muito ajuda na construção de uma cidadania responsável na busca de uma sociedade solidária e fraterna, sem exclusões de qualquer segmento social.

REFERÊNCIAS

- AQUINO, Santo Tomas de. *Suma de teología*. Tradução de José Martorell Capó. 2. ed. Madrid: Cristianos, 1997.
- ARENDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. Tradução de Mauro W. Barbosa. São Paulo: Perspectiva, 1979.
- ARISTÓTELES. *Política*. Tradução de Mário da Gama Kury. Brasília: Ed. UnB, 1988.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992. 19.ª reimpressão.
- CASO, Giovanni et al (Org.). *Direito e fraternidade: ensaios, prática forense*. São Paulo: LTr./Cidade Nova, 2008.
- FERACINE, Luiz. *Direito, moral, ética e política*. Campo Grande: Solivros, 2000.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Ensaio de teoria constitucional*. Fortaleza: Ed. Universidade Federal do Ceará, 1989.
- LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo: Cia. das Letras, 1988.
- MONTORO, André Franco. *Estudos de filosofia do direito*. São Paulo: RT, 1999.
- MOREIRA, Edson Fábio Garutti. *Humanismo de Maritain e a burocracia*. São Paulo: Loyola, 2001. (Coleção Instituto Jacques Maritain do Brasil).
- MORENTE, Manuel Garcia. *Fundamentos de filosofia*. São Paulo: Mestre Jou, 1980.
- NALINI, José Renato. *Uma nova ética para o juiz*. São Paulo: RT, 1994.
- NUNES, Rizzatto. *Manual de filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- PLATÃO. *A república*. Tradução de Maria Helena da Rocha Pereira. 5. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1987.
- POZZOLI, Lafayette. Direito como função promocional da pessoa humana: inclusão da pessoa com deficiência – fraternidade. In: NAHAS, Thereza Christina; PADILHA, Norma Sueli; MACHADO, Edinilson Donizete (Org.). *Gramática dos direitos fundamentais: a Constituição Federal de 1988 - 20 anos depois*. Rio de Janeiro: Campus, 2009.
- POZZOLI, Lafayette. *Maritain e o direito*. São Paulo: Loyola, 2001. (Coleção Instituto Jacques Maritain do Brasil).
- _____. Reflexos das normas internacionais e da Constituição Federal de 1988 nas políticas públicas de inclusão social no Brasil à pessoa com deficiência. In: MINHOTO, Antônio Celso Baeta (Org.). *Constituição, minorias e inclusão social*. Rio de Janeiro: Rideel, 2009.
- ROUSSEAU, Jean Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1993.
- SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Celso Bastos, 1999.
- SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Direitos humanos, urgente!* São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

TOLEDO, Carlos José Teixeira de. Nós somos um estado laico? um estudo histórico-constitucional. *Prisma Jurídico*, São Paulo, Ed. Uninove, v. 3, p. 221-241, 2004.

VON IHERING, Rudolf. *A luta pelo direito*. Tradução de João Vasconcelos. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

RESENHA

DIREITO E LITERATURA: um estudo da obra “Contar a lei”, de François Ost

Gabrielle Xavier Ribeiro¹

RESUMO

Este trabalho possui o escopo de, a partir da análise da obra “Contar a Lei” de François Ost, promover uma leitura acerca das distinções, bem como das similitudes ou entrelaçamentos, existentes entre o Direito e a Literatura. Por meio de um estudo analítico, intenta-se traçar a necessidade de que ambas as vertentes, jurídicas e literárias, se enleiem com o objetivo de que o Direito se edifique, aprimore e seja unido da sensibilidade e poder inventivo que a Literatura agrega em si.

Palavras-chave: direito e literatura, “Contar a lei”, François Ost.

LAW AND LITERATURE A study of the book “Tell the Law” of François Ost

ABSTRACT

This work has the scope from the analysis of the book “Tell the Law” of François Ost, promote reading about the distinctions and the similarities or twists existing between Law and Literature. Through an analytical study, an attempt is made to trace the need for both sides, legal and literary, is involve with the purpose of that Law is built up, improve and be anointed sensitivity and inventive power that Literature adds itself.

Keywords: Law and Literature, “Tell the law,” François Ost.

Introdução

A obra de François Ost apresenta riqueza explícita de intertextualidades trabalhadas num contexto que busca a aproximação e interdisciplinaridade entre Direito e Literatura. Tra-

ta-se, pois, de uma nova hermenêutica que busca interpretar o Direito sob um filtro inovador. Neste trabalho, serão abordadas diversas semelhanças e diferenças entre as duas áreas de modo que o autor demonstra, em sua conclusão, a importância de que ambas atuem de forma convergente permitindo que o Direito se enriqueça e se preencha das contribuições que a Literatura pode angariar para sua compreensão.

Desenvolvimento

Inicialmente, o autor remonta a Platão, inaugurando a análise de que, primordialmente, as relações entre Direito e Literatura padeciam de um “não acolhimento”, dada a censura que havia perante a aceitação ou não de uma obra de arte para apreciação do público quando esta partisse de interesses meramente jurídicos. Todavia, François Ost descreve que o próprio Platão afirma que a ordem jurídica é a “mais excelente das tragédias” o que evidencia sua admissão da literatura como detentora de um poder constituinte que origina e constrói montagens políticas e jurídicas. Destarte, Ost sustenta que se analise a relação citada alhures “com Platão” e “contra Platão” tendo como medida os aspectos que serão posteriormente discutidos.

No delinear da obra são propostos diversos questionamentos os quais o próprio autor se compromete a responder ao longo do estudo, possibilitando assim um compreender perscrutado dos pensamentos ventilados.

Questão 1: Entre Direito e Literatura, as ligações são necessariamente perigosas?

Em resposta a essa interpelação, Ost elenca as diferenças existentes entre os dois discursos analisados abrindo o espaço da “ficção imaginária literária” e ressaltando a realidade e imperatividade da ordem jurídica.

A primeira diferença, conforme o autor, se verifica na premissa de que: “a literatura libera os possíveis, o direito codifica a realidade” (p. 13).

¹ Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito Santo Agostinho; Pós-Graduada em Direito Público pela Faculdade Damásio.

Com isso, procura demonstrar que a literatura, diferentemente do direito, não se prende a regras postas, mas sim desordena o que se mostra rígido permitindo uma interpretação por vezes colidente ao que a ordem jurídica instaura.

A literatura se apresenta como a crítica, o não estar conforme que caracteriza seu poder mutacional e a imprevisibilidade do desfecho, bem como é mencionado pelo autor no exemplo de Ésquilo. Em contrapartida, o direito preocupa-se em fixar regras de conduta, limitando os comportamentos e os codificando, como forma de prever respostas ao que a realidade utopicamente construída exigir, sempre condizente ao ponto de vista dominante, a despeito das minorias. A literatura também se presta a demonstrar os desarranjos originados pelo excesso de direito, ou seja, quando este é aplicado ferrenhamente. Ost cita as inúmeras fontes de saber que as narrativas de ficção guardam e que deviam ser aproveitadas pelas ciências sociais vez que trazem uma nova interpretação do texto normativo que expõe suas fragilidades e sugere inovações. Ainda segundo o autor:

[...] o direito faz escolhas que se esforça por cumprir, em nome da “segurança jurídica” à qual atribui a maior importância. Entre os interesses em disputa, ele decide; entre as pretensões rivais, ele opera hierarquia. Assim o exige sua função social que lhe impõe estabilizar as expectativas e tranquilizar as angústias. Livre dessas exigências, a Literatura cria, antes de tudo, a surpresa: ela espanta, deslumbra, perturba, sempre desorienta (OST, 2004, p.15)

Ainda nessa perspectiva, é traçada a segunda diferença que se perfaz no poder explorador da literatura enquanto desvendadora de todas as saídas do caminho. Nesse diapasão, esta vislumbra conhecimentos novos e engendra novos olhares sobre o fato enquanto que o direito não dar-se a conhecer essas saídas, tendo em vista o fato de que este direciona o caminho a ser seguido e não abre margem a possibilidades.

A terceira diferença concerne ao estatuto dos indivíduos de que fala cada um desses discursos. Citando Ch. Biet, François Ost assevera que: “o Direito produz pessoas, a literatura, personagens.” (p. 16). O Direito impõe aos indivíduos uma máscara normativa na medida em que dita comportamentos padrões e características pessoais que qualificam ou desqualificam as pessoas, como, por exemplo, cite-se o “homem médio”, a já rechaçada

“mulher honesta”, pessoa de “reputação ilibada” e de “notório saber jurídico”, entre tantas outras. Já nos personagens literários, sua natureza ambivalente se constrói a depender da situação enfrentada por estes, metamorfoseando-se e invertendo papéis sem obedecer a uma padronização. Ao explicar mais detidamente a diferença exposta, o autor traz a distinção que P. Ricoeur estabelece entre duas formas de identidade, sendo estas:

[...] a identidade *idem*, que corresponde à questão “o que eu sou?” e que se traduz por traços fixos, e a identidade *ipse*, que corresponde à questão “quem eu sou?”, ligada às variações de uma personalidade que evolui com o tempo e com os outros (OST, 2004, p. 18).

A literatura é quem abre espaço para a discussão do *idem* esclarecendo que os seres humanos não são estereótipo imutável e fixado, mas sim que respondem por si mesmos e se modificam conforme as circunstâncias também se modificarem.

A quarta e derradeira diferença diz respeito ao fato de que o direito se declina para o registro da generalidade e abstração, isto é, procurar abarcar, abstrativamente, o maior número de situações e pessoas possíveis, ao passo que a literatura se desdobra no particular e no concreto, singularizando uma determinada história condizente com igualmente determinado personagem.

Após apresentadas as diferenças, François Ost alude ao fato de que, malgrado todas as distinções feitas e sem lhes retirar o devido apreço, a discussão não finda com o mero elencar de pontos divergentes posto que estes se comunicam e atuam convergentemente em alguns aspectos. O autor trata, por conseguinte, das posições instituídas e funções instituintes do direito e, de maneira inversa, a vertente instituinte do imaginário e suas formas instituídas. O direito, enquanto regulamentador da realidade social não é uma força estática, apesar de se pautar em normas previamente fixadas, visto que este se depara, constantemente, com práticas e interesses contrastantes com a norma que lhe exigem uma criação imaginária e desconstrução de significações instituídas. Nesse contexto, o direito possui a capacidade de se mobilizar e refundar-se de acordo com os ditames individuais e situações vislumbradas no caso concreto. Logo, o imaginário jurídico concebido

enquanto intérprete inovador, em muito se assemelha à literatura em seu poder inventivo e explorador.

No que reputa às formas instituídas, a literatura não se mostra alheia a estas, o que pode ser verificado em sua “submissão” às regras de linguagem e ao jogo da comunicação. Ainda que se tente desformalizar as chamadas “leis universais de produção de sentido”, o princípio de uma codificação mínima não pode ser abolido bem como não se pode ignorar a linguagem. Outrossim, a literatura deixa-se dominar pela ética e não se desvincula do que é justo, mormente, quando esta se propõe a representar um dispositivo de manutenção do vínculo social. Conforme apregoa o autor, a narrativa deixa-se apoderar pela norma e se traduz numa obrigação de contá-la e revivê-la em significações novas, a exemplo das normas religiosas, pedagógicas e políticas. Destarte, resta comprovado que a relação direito-literatura permite um entrelaçamento de ambos os discursos fazendo-se necessário compreender o que de comum existe entre estes.

Ost defende que, diversamente do que se entabula nas faculdades de direito, este não se origina do fato e sim da narrativa, posto que este é construído e reconstruído a partir das realidades individuais de personagens reais que vão além das pessoas juridicamente criadas pelo direito. Direito e literatura assemelham-se em sua raiz igualmente fundada no imaginário coletivo que induz à coincidência e confusão entre ambos de modo que, excluindo a literatura do direito, este padecerá de perdas imensuráveis como o empobrecimento da linguagem.

Questão 2: O que ganha o estudo do direito nesse confronto com o espaço literário?

Para François Ost, a referência literária produz uma “diversão erudita” capaz de ornamentar e florear os discursos jurídicos e reduzir o uso da literatura a um discurso de apoio capaz de banalizar os textos literários que perdem sua força, estilo, efeitos de narração, contexto e textura. O ganho do direito deve, pois, calcar-se na função de subversão crítica que aquela agrega a este quando assume o viés de narrativa fundadora que propicia um pensar a norma e saber crítico sobre as construções jurídicas, valorizando-a e prescreven-

do-a, promovendo assim sua refundação alicerçada na razão prática. A literatura faz uso de sua linguagem para dar voz às minorias marginalizadas.

O autor propõe uma compreensão do direito contemporâneo evocando a pertinência das noções de “comunidade narrativa” e de “narrativa fundadora” demonstrando a importância jurídica da interpretação de mundo feita por esta última na criação de comunidades políticas, por exemplo. Nesse passo, os juristas operam dentro da comunidade narrativa partilhando de suas significações e produzindo, ao se basear nestas, um direito vivo, debatido e condizente com a história do homem.

Por fim, Ost apresenta a tese de Ronald Dworkin que trata o direito como “prática social argumentativa” e defende que:

[...] cada caso sendo, para o magistrado que dele se ocupa, a ocasião de escrever um novo capítulo da história jurídica da nação, sob a dupla exigência do respeito à *integrity* do direito e à necessidade de particularizar da melhor maneira a solução proposta (OST, 2004, p. 30).

Com isso, o autor reafirma sua convicção de que o direito deve ser reavivado na análise de cada caso, levando em consideração as particularidades apresentadas e situações contextualizadas, assim como é vislumbrado na literatura que se amolda e readapta.

Conclusão

Com o estudo exposto, pode-se concluir que pensar o direito assumindo como pressuposto o horizonte literário propicia a compreensão da realidade jurídica aportada sob um aspecto ficcional que instiga a reflexão, imaginação e um olhar sobre si mesma enquanto realidade carente de completude, vez que as respostas nem sempre se encerrarão na legislação crua mas sim deverão ser criadas, em observância aos contextos fáticos e ao que o imaginário coletivo anseia.

REFERÊNCIA

OST, François. *Contar a lei: as fontes do imaginário jurídico*. São Leopoldo: Unisinos, 2004.



e-Revista da Faculdade de Direito Santo Agostinho

ISSN eletrônico: 2179-8222

Área: Direito

Editor: Prof. Ms. Richardson Xavier Brant

Endereço eletrônico
(e-mail): revistaeletronica@fasa.edu.br

Periodicidade: semestral

Idioma: Português

Forma de distribuição: eletrônica, constante na página eletrônica direito.fasa.edu.br, com acesso livre. O formato é copiável, mas pede-se a citação de autor e fonte.

1 INFORMAÇÕES INICIAIS E TÉCNICAS SOBRE A REVISTA

A Revista Eletrônica Fas@Jus é uma publicação semestral do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho. Tal Faculdade tem sede em Montes Claros, Minas Gerais, na Av. Donato Quintino, 90, Shopping Center, CEP 39400-546. Os telefones são (38) 3224-7905 (Coordenação), 3224-7901 (recepção) e 3224-7900 (geral).

A e-Revista Fas@Jus é uma publicação eletrônica e, em algumas oportunidades, são impressos alguns exemplares, com o fim de divulgação. É composta das seguintes seções fixas:

ENTREVISTA – destinada a divulgar assuntos relacionados ao Direito, orientação profissional e temas ligados aos órgãos nos quais atuam os operadores do Direito;

ARTIGOS DO CORPO DOCENTE – espaço destinado a publicar artigos científicos de autoria de Professores do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho (FADISA). Neste ponto, uma explicação. A Fas@Jus não publica artigos e resenhas envolvendo parceria de Professores

e Acadêmicos porque:

- há seção exclusiva para publicação de textos dos Acadêmicos da Casa;
- é forma de incentivar aos Acadêmicos a publicarem de forma isolada;
- é forma de evitar que Professores exijam que seus Alunos façam artigos científicos e incluam os seus (dos Professores) nomes;
- parcerias, normalmente, não valem pontuação, para os Acadêmicos, em concursos públicos de provas e títulos;
- no caso específico da FADISA, somente a publicação individual pode levar o Acadêmico autor a ser dispensado de feitura e apresentação de monografia como trabalho de Curso;

ARTIGOS DO CORPO DISCENTE – espaço destinado a publicar artigos científicos de autoria de Acadêmicos do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho (FADISA). São aceitas parcerias entre Acadêmicos, embora não sendo aconselhável porque tais publicações com mais de um autor, normalmente, não resultam em pontuação em concursos públicos de provas e títulos e, no caso da FADISA, somente a publicação individual pode levar o Acadêmico autor a ser dispensado de feitura e apresentação de monografia como trabalho de Curso;

ARTIGOS DE EGRESSOS – seção destinada aos ex-alunos do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho;

ELO COM OUTRAS IES – espaço apropriado para publicação de artigos científicos de autoria de:

- Acadêmicos de outras Instituições de Ensino Superior de todo o Brasil;
- Egressos de outras Instituições de Ensino Superior de todo o Brasil;
- Professores de outras Instituições de Ensino Superior de todo o Brasil;

AUTOR CONVIDADO – seção destinada a conter artigos científicos de autoria de pessoas que o Editor ou os componentes do Conselho Editorial convidam a colaborar;

RESENHA – espaço destinado a publicação de resumo crítico, comparativo ou contendo emissão de juízo de valor por parte do autor sobre obras artísticas que são da área do Direito ou são a tal área inter-relacionados. São exemplos: livros, filmes, peças teatrais, músicas e outras atividades artísticas que tocam no tema dos segmentos do Direito.

2 NORMAS GERAIS E INICIAIS PARA QUAISQUER TIPOS DE MATERIAL SUBMETIDO À ANÁLISE, APRECIÇÃO E PUBLICAÇÃO

I – somente serão analisados, pelo Conselho Editorial, materiais inéditos, entendendo como inédito o texto que tenha sido motivo de, em forma de resumo, eventuais apresentações orais, em eventos científicos;

II – a submissão de texto científico a ser analisado e, se aprovado, publicado, importa em ciência de que há originalidade, não há plágios, fraude ou cópias e que o material é inédito em termos de publicação, afirmações sob a responsabilidade, nas searas penais e civis, do autor;

III – a submissão dos trabalhos implica:

a) aceitação e autorização da publicação, se aprovado pelo Conselho Editorial, com cessão dos direitos autorais de colaboração autoral inédita;

b) ciência de que o material, se aprovado para publicação, poderá ser submetido a correção linguística, metodológica, de formatação e padronização;

c) ciência de que a não aprovação, por parte do Conselho Editorial, não implica em responsabilidade de informar em que partes do texto foram notadas deficiências (a reprovação do texto não se traduz por oferta de correção ou sugestões);

d) ciência de que somente em casos excepcionais o Conselho Editorial devolverá o material ao autor, para melhoramentos, adequações e adaptações, sendo a regra a reprovação do que não se encaixar nas regras ora fixadas.

3 NORMAS PARA PUBLICAÇÃO DE ARTIGOS

A Revista Eletrônica Fas@Jus, do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho aceita analisar artigos científicos que lhe sejam submetidos, com as seguintes condições.

PRIMEIRA. TEMA

Os artigos científicos submetidos devem conter, a princípio, exclusivamente temas de Direito. Mas, há como mesclar Direito e outros segmentos do saber (Direito e Economia, Direito e Psicologia, Odontologia Legal, Medicina Legal, por exemplos) assim como são aceitos textos envolvendo, também como exemplo, Educação Superior.

SEGUNDA. FORMATO DO DOCUMENTO

O **artigo científico** submetido:

I – deve ser enviado exclusivamente em texto digitado, redigido em Língua Portuguesa, sem envio de material impresso;

II – deve estar digitado com tipos Times New Roman (preferencialmente) ou arial;

III – exceto as citações longas, o texto deve ter tipos tamanho 12, com espaço 1,5 entre linhas;

IV – as citações curtas, de até três linhas, devem vir dentro do texto, entre aspas;

V – as citações longas devem:

a) ser digitadas em tipos de tamanho 11;

b) ser recuadas em 2,5cm (duas vezes o espaço 1,25cm do parágrafo normal);

c) ter espaço simples (espaço 1) entre linhas;

d) ter referência a autor – apenas pelo sobrenome e em letras maiúsculas – data e número da página;

VI – ter, no mínimo, dez páginas, incluindo bibliografia e notas de rodapé;

VII – estar redigido em formato word (não se admitindo arquivo em PDF ou outro formato), com as seguintes especificações:

a) a página deverá ser padronizada com margens superiores e esquerda com 3cm e margens superiores e direita com 2cm;

b) os recuos de parágrafos devem ter 1,25cm, e a separação entre parágrafos deve ser feita com utilização de espaço normal entre linhas;

VIII – o título do artigo deve ser digitado em tamanho 14 ou 16, com efeito negrito e centralizado;

IX – se houver subtítulo do artigo, deve vir todo

digitado em letras minúsculas – exceto em se tratando de nomes próprios – e após o título, tendo dois pontos imediatamente após a última letra do título e antes do subtítulo;

X – o nome completo do autor do texto deve ser digitado em tamanho 12, alinhado à direita, com nota de rodapé contendo a qualificação resumida do autor (títulos e Instituições de Ensino às quais se acha ligado ou nas quais obteve os títulos);

XI – o Resumo deve:

a) ter o máximo de 200 palavras, em único parágrafo;

b) estar digitado em espaço simples (espaço 1);

c) ser redigido em Língua Portuguesa;

d) conter até cinco palavras-chave, estas escritas na última linha;

XII – o Resumo deve ser traduzido, preferencialmente em inglês, na mesma condição do Resumo, sob a forma de ABSTRACT, inclusive as cinco correspondentes *keywords*;

XIII – os destaques devem ser feitos exclusivamente com utilização de tipos itálicos, não se admitindo negrito e sublinhado;

XIV – a Bibliografia deve:

a) ser inserta ao fim do texto, exclusivamente;

b) ter o subtítulo como, apenas, REFERÊNCIAS;

c) ter espaço simples entre as linhas;

d) estar alinhada à esquerda;

e) conter:

1) nome de família do autor, em letras maiúsculas, seguido de vírgula;

2) restante do nome do autor somente com iniciais maiúsculas, exceto partículas de ligação que ficam escritas em minúsculas (exemplos: de, da, e), seguido de ponto final;

2) título da obra somente com a primeira inicial maiúscula, exceto em se tratando de nomes próprios, com efeito itálico; seguido de dois pontos se houver subtítulo ou ponto final quando não houver subtítulo;

3) se houver, subtítulo da obra somente com iniciais minúsculas, exceto em se tratando de nomes próprios, sem efeitos;

4) nome do tradutor, se houver, seguindo de ponto final;

5) número da edição indicada apenas pelo algarismo arábico seguido de ponto final e somente em sendo da segunda edição em diante, e seguido da palavra “ed.”, em letras minúsculas seguidas de ponto final, como forma de abreviar “edição”;

6) o nome da cidade em que houve a publicação, seguido de dois pontos;

7) o ano da edição, seguindo de ponto final;

8) notas esclarecedoras como título original ou a qual coleção pertence, se houver;

XV – o material gráfico e ilustrações devem:

a) ter largura entre 8,5cm e 16cm;

b) ser numeradas sequencialmente em algarismos arábicos;

c) estar localizados(as) dentro do texto, quando tratado do assunto em que a ilustração, quadro, tabela ou outra forma de ilustração se referir;

d) ter legendas escritas em tipos Times New Roman, tamanho 8, logo abaixo da figura.

TERCEIRA. O TEXTO E OS SUBTÍTULOS

O texto deve ser apresentado em estilo “justificado” (de um lado ao outro da página) e separado por subtítulos, precedidos de algarismos arábicos. Quando se tratar de numeração primária (exemplos: 1, 2, etc.), o subtítulo deve vir todo escrito em letras maiúsculas, com efeito negrito. Quando se tratar de numeração secundária (exemplos: 1.1; 1.2; 2.1; 2.2, etc.), o subtítulo deve ter somente as iniciais maiúsculas, exceto partículas de ligação e palavras monossilábicas (exemplos: de, para, por, as), com efeito negrito. Subtítulo com numeração terciária (exemplos: 1.1.1; 1.1.2, etc.) deve conter apenas a primeira inicial maiúscula, e sem efeito negrito.

QUARTA. NOTAS DE RODAPÉ

Somente são admitidas notas de rodapé para identificação resumida do autor (inciso X da nota SEGUNDA) e para notas explicativas. Não são admitidas referências bibliográficas como nota de rodapé. Os tipos das notas de rodapé devem ser de números 9 ou 10.

QUINTA. ABREVIATURAS, ABREVIÇÕES E SIGLAS

A primeira utilização de iniciais, abreviatura e sigla somente será admitida após o nome por extenso da sequência abreviada, e entre parênteses. A partir da primeira utilização de iniciais, abreviaturas e siglas, pode-se utilizar, opcionalmente, todo o nome ou a forma diminuída. Não se admite o uso de abreviações (exemplos: cine, fone).

Notar que não há pontos finais em iniciais ou siglas.

Exemplos de siglas: Faculdade de Direito Santo Agostinho (FADISA) ou Faculdade de Direito Santo Agostinho (Fadisa) (nos exemplos, a pala-

vra formada tem mais de quatro letras e, por isso, pode aparecer em caixa-alta ou somente com a primeira letra em maiúscula; se fosse composta de até quatro letras, o uso seria, exclusivamente, exclusivamente com letras maiúsculas).

Exemplos de iniciais: Fundo Monetário Internacional (FMI); Núcleo Docente Estruturante (NDE).

SEXTA. NUMERAIS

No texto, os numerais são escritos por extenso entre um e vinte e a cada vez que a indicação for em números pronunciados com única palavra (exemplos: trinta, cem, quinhentos, mil) e em algarismos nos demais casos (exemplos: 21, 45, 135, 1.011). Deve-se notar que a partir de mil, há ponto final entre o milhar e a centena. Não se usa ponto final entre o milhar e a centena é em datas. Exemplos: 2015, 1968; 2045.

4 NORMAS ESPECÍFICAS PARA PUBLICAÇÃO DE RESENHAS

A Revista Eletrônica Fas@Jus, do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho acei-

ta analisar **resenhas** que lhe sejam submetidas. A elaboração de resenhas deve obedecer, em tudo, as normas para publicações de artigos, exceto as seguintes particularidades:

I – admite-se texto sem subtítulos ou com subtítulo sem numeração;

II – o texto deve ter, no mínimo, cinco páginas;

III – não há resumo e/ou *abstract*;

IV – as obras resenhadas devem, obrigatoriamente, envolver o Direito, não se fixando quais as modalidades intelectuais em que a arte analisada é apresentada (exemplos: filmes, livros literário, peças teatrais e outras).

V – admite-se Referência com apenas dados da obra resenhada.

5 NORMAS DA ABNT

Em quaisquer textos submetidos à análise do Conselho Editorial da Fas@Jus, a e-Revista do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho, devem ser observadas as normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) em tudo que não ficou descrito nas regras anteriormente descritas.

