

REVISTA DE DIREITO

DA FACULDADE GUANAMBI

ANO 2 - VOLUME 2 - NÚMERO 1 - JAN-JUN 2016



FACULDADE
GUANAMBI
O CONHECIMENTO PERTO DE VOCÊ

PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO

R454

Revista de direito da Faculdade Guanambi / Faculdade Guanambi, ano 2 - volume 2 - número 1 (Jan-Jun. 2016). Guanambi: Faculdade Guanambi, 2016.

187p.
Publicação periódica
Semestral.

ISSN 2447-6536 versão eletrônica.

1.Direito – Periódicos. I. Faculdade Guanambi. Pós Graduação em Direito.

CDU: 340

Revista de Direito da Faculdade Guanambi

Programa de Pós-Graduação em Direito

EQUIPE EDITORIAL

Editor-Chefe

Prof. Dr. André Karam Trindade, CESC, Brasil.

Prof. Dr. Daniel Braga Lourenço, CESC, Brasil.

Editor Assistente

Prof. Msc. Alcir Rocha dos Santos, CESC, Brasil.

Conselho Editorial

Prof. Dr. Alberto Vespaziani, UNIMOL, Itália.

Prof. Dr. Alexandre Morais da Rosa, UFOP, Brasil.

Prof. Dr. André Karam Trindade, CESC, Brasil.

Prof. Dr. Colin Crawford, Harvard, Estados Unidos da América.

Prof. Dr. Daniel Braga Lourenço, CESC, Brasil.

Prof. Dr. Fábio Corrêa Souza de Oliveira, UNESA, Brasil.

Prof. Dr. Fernando B. C. de Araújo, Universidade de Lisboa, Portugal.

Prof. Dr. Jose Luis Bolzan de Morais, UNISINOS, Brasil.

Prof. Dr. Lenio Luiz Streck, UNISINOS, Brasil.

Prof. Dr. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, UFMG, Brasil.

Prof. Dr. Miguel Angel P. Lineira, Universidad de Oviedo, Espanha.

Prof. Dr. Vicente de Paulo Barretto, UNESA, Brasil.

Quadro de Avaliadores

Prof. Dr. Alexandre Gustavo M. F. de Moraes Bahia, UFOP, Brasil.

Prof. Dr. Alfredo Copetti Neto, UNIJUI, Brasil.

Prof^ª. Dr^ª. Ana Paula Sampaio Caldeira, UNESA, Brasil.

Prof. Dr. Andre Vasconcelos Roque, UFRJ, Brasil.

Prof^ª. Dr^ª. Angela Araujo da Silveira Espindola, UFSM, Brasil.

Prof^ª. Dr^ª. Aparecida Luzia Alzira Zuin, UNIR, Brasil.

Prof^ª. Dr^ª. Bárbara Gomes Lupetti Baptista, UFF, Brasil.

Prof. Dr. Bruno Camilloto Arantes, UFOP, Brasil.

Prof. Dr. Bruno de Almeida Oliveira, PUC Minas, Brasil.

Prof. Msc. Bruno Miola da Silva, CESC, Brasil.

Prof. Dr. Carlos Alberto Pereira das Neves Bolonha, UFRJ, Brasil.

Prof^ª. Dr^ª. Cipriana Nicolitt Cordeiro, PUC-RIO, Brasil.

Prof. Dr. Fausto Santos de Morais, IMED, Brasil.

Prof^ª. Dr^ª. Fernanda Luiza Fontoura de Medeiros, PUCRS, Brasil.

Prof. Dr. Flávio Barbosa Quinaud Pedron, CESG, Brasil.

Prof. Dr. Francisco José Borges Motta, FMP, Brasil.

Prof^ª. Dr^ª. Jaqueline Mielke Silva, IMED, Brasil.

Prof. Dr. José Emilio Medauar Ommati, PUC Minas, Brasil.

Prof. Dr. Juvêncio Borges Silva, UNAERP, Brasil.

Prof^ª. Msc. Larissa Pinha de Oliveira, UFRJ, Brasil.

Prof. Dr. Luís Pedro Chaves Rodrigues da Cunha, FDUC, Portugal.

Prof. Dr. Márcio Ricardo Staffen, IMED, Brasil.

Prof. Dr. Marco Casamassa, UFF, Brasil

Prof^ª. MsC. Paula Maria Nasser Cury, PUC Minas, Brasil.

Prof. Dr. Paulo Ricardo Opuszka, UFPR, Brasil.

Prof. Dr. Paulo Neves Soto, FDV, Brasil.

Prof. Dr. Rafael Tomaz de Oliveira, UNAERP, Brasil.

Prof. Dr. Ricardo Reis Silveira, UNAERP, Brasil.

Prof. Dr. Rogério Montai de Lima, UNIR, Brasil.

Prof. Dr. Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino, IMED, Brasil.

Prof^ª. MsC. Simone Reissinger, PUC Minas, Brasil

Prof. Dr. Taiguara Libano Soares e Souza, IBMEC-RJ, Brasil.

Prof. Dr. Victor Gameiro Drummond, CESG, Brasil.

Prof. Dr. Vinícius Silva Bonfim, FAC, Brasil.



F A C U L D A D E
GUANAMBI
O CONHECIMENTO PERTO DE VOCÊ

PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO

Avenida Pedro Felipe Duarte, 4911
Bairro São Sebastião, Guanambi - Bahia - Brasil
CEP 46.430-000
Telefone: (77) 3451-8400

SUMÁRIO

Editorial

Daniel Braga Lourenço	
André Karam Trindade.....	9

Cartas o epístolas y correos electrónicos: Tensiones entre la propiedad ordinaria, los derechos de autor y el derecho a la intimidad

Leonardo B. Pérez Gallando.....	11
---------------------------------	----

O novo cpc como instrumento legal da democratização do processo

Adalberto Narciso Hommerding	
Francisco José Borges Motta.....	44

Do genuíno precedente do stare decisis ao precedente brasileiro: os fatores histórico, hermenêutico e democrático que os diferenciam

Georges Abboud.....	62
---------------------	----

Formas de controle e dominação: uma filosofia da história

Flávia Sanna Leal de Meirelles.....	70
-------------------------------------	----

Efeitos do ativismo judicial sobre o estado democrático de direito

Luiz Renato Adler Ralho.....	88
------------------------------	----

As mudanças paradigmáticas no campo da filosofia: reflexões em busca de uma compreensão adequada da hermenêutica jurídica e da importância do papel da jurisdição constitucional

Alessandra Villaça Gorgulho Ferretti.....	103
---	-----

Complexidade institucional e mutacional brasileira: o exemplo da presunção da inocência

Luigi Bonizzato.....	119
----------------------	-----

De como a sentença não pode constituir um “grau zero” de sentido na judicialização do direito à saúde

Ana Paula Caldeira.....	132
-------------------------	-----

Apontamentos sobre a interpretação construtiva do direito em Ronald Dworkin: um estudo a partir do julgamento da ADPF n. 132.

Flávio Quinaud Pedron.....	157
----------------------------	-----

Normas gerais para publicação de trabalhos.....	183
--	------------

EDITORIAL

A Revista de Direito da Faculdade de Guanambi, volume 01, número 02, tem a enorme satisfação de informar a todos os seus leitores e amigos que, a partir desse número, passará a estar vinculada diretamente ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Faculdade de Guanambi - PPGD/FG, mantida a periodicidade semestral, eletrônica, e funcionamento na plataforma SEER/Open Journal Systems, criada já nos termos recomendados pela CAPES.

O Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito - PPGD/FG está estruturado em uma área de concentração, qual seja, Fundamentos e Efetividade do Direitos, e duas linhas de pesquisa: Ética, Autonomia e Fundamentos do Direito; e Democracia, Processo e Efetividade do Direito. A criação deste programa atrelado à Faculdade de Guanambi atende a uma prioridade conferida pela CAPES e consiste no primeiro a atender diretamente o interior nordestino, na região do semiárido, na área rural. Nasce, portanto, com grandes desafios e grandes perspectivas.

Não é por outra razão que esta reformulação da Revista, com a mencionada vinculação ao PPGD/FG, pretende ser um instrumento para proporcionar um permanente ponto de contato e diálogo com a graduação e com a comunidade.

Por conta dessas importantes modificações, ampliamos e remodelamos a composição do Conselho Editorial e do nosso corpo de pareceristas/avaliadores, com a inclusão de vários Professores, de variados Estados do país, e também de muitos professores estrangeiros.

Agradecemos ao público leitor, autores, avaliadores, membros do Conselho, e a todos os colaboradores pelo empenho e confiança no grande desafio que temos pela frente.

A Revista, embora jovem, já conta com trabalhos internacionais e de prestigiados autores e pesquisadores de todo o país.

Neste número temos o prazer de publicar nove artigos inéditos: "Cartas o epístolas y correos electrónicos: tensiones entre la propiedad ordinaria, los derechos de autor y el derecho a la intimidad", do Professor Leonardo Pérez Gallardo, Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de Havana; "Complexidade institucional e mutacional brasileira: o exemplo da presunção de inocência", do Professor Luigi Bonizzato, Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito

da Universidade Federal do Rio de Janeiro; “O novo Código de Processo Civil como instrumento da democratização do processo”, do Professor Adalberto Narciso Hommerding, Professor da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, e do Professor Francisco José Borges Motta, Professor da Faculdade de Direito da Escola Superior do Ministério Público; “As mudanças paradigmáticas no campo da filosofia: reflexões em busca de uma compreensão adequada da hermenêutica jurídica e da importância do papel da jurisdição constitucional”, de Alessandra Villaça Gorgulho Ferretti, Professora de Processo Penal na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro; “De como a sentença não pode constituir um grau zero de sentido na judicialização do direito à saúde”, da Professora Ana Paula Caldeira, Professora do IBMEC-RJ; “Apontamentos sobre a interpretação construtiva do direito em Ronald Dworkin: um estudo a partir do julgamento da ADPF n. 132”, do Professor Flávio Quinaud Pedron, Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Guanambi; “Do genuíno precedente do stare decisis ao precedente brasileiro: os fatores histórico, hermenêutico e democrático que os diferenciam”, do Professor Georges Abboud, Professor da FADISP; “Formas de controle e dominação: uma filosofia da história”, da Professora Flávia Sanna, Doutoranda em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro; “Efeitos do ativismo judicial sobre o Estado Democrático de Direito”, de Luiz Renato Adler Ralho, doutorando em Direito pela Universidade Estácio de Sá.

Boa leitura a todos!

Daniel Braga Lourenço

André Karam Trindade

Editores da Revista de Direito da Faculdade de Guanambi.

CARTAS O EPÍSTOLAS Y CORREOS ELECTRÓNICOS: tensiones entre la propiedad ordinaria, los derechos de autor y el derecho a la intimidad

Leonardo B. Pérez Gallardo¹

*“Las cartas tienen el poder de engrandecer la vida.
Son prueba de motivación y ahondan en el entendimiento.
Demuestran cosas, cambian vidas y reordenan la historia.
Hubo un tiempo en el que el mundo funcionaba gracias al correo.
Las cartas desempeñaban la función de lubricante de la interacción humana y
propugnaban la dispersión de ideas.
Fueron canal callado de lo banal y lo valioso:
la hora a la que llegaríamos a cenar,
el relato de un día fantástico,
las más emocionadas alegrías y penas del amor.
En aquel entonces debía de ser impensable
un mundo en el que la correspondencia no se valorase,
o se desechara sin más.
Un mundo sin cartas sería ciertamente un mundo sin aire que respirar”*
SIMON GARFIELD.

RESUMEN: El ejercicio de la facultad de publicación de aquellas cartas que tienen valor literario, inherente al autor-remitente, tiene que conciliarse necesariamente con la anuencia del destinatario a los fines de evitar transgredir la intimidad cuando en la carta se revelen datos que afectan la esfera íntima de uno u otro sujeto, protagonistas de la comunicación, sea postal, o sea electrónica, a tono con los nuevos tiempos. La propiedad ordinaria, la propiedad intelectual y el derecho a la intimidad son variables a despejar en esta difícil ecuación jurídico-social derivada de los conflictos que por tal motivo pudieran suscitarse.

PALABRAS CLAVES: Cartas. Correo Electrónico. Derecho de Autor. Epístolas. Propiedad.

ABSTRACT: The exercise of the right to publish those letters that are inherent in the author-remitting literary value, has to necessarily be reconciled with the consent of the recipient to avoid transgressing the end of privacy when in the letter are revealed data affecting the intimate sphere of one or the other subject, protagonists communication, either order, or electronic, in tune with the new Ti-

¹ Profesor Titular de Derecho Civil Facultad de Derecho Universidad de La Habana. Notario.

mes. Ordinary property, intellectual property and right to privacy are variables to clear in this difficult legal and social equation derived from the conflicts that for this reason they may arise.

KEYWORDS: Copyright. E-mail. Letters. Letters. Property.

1 EN TORNO AL CONCEPTO DE CORRESPONDENCIA, CARTAS, EPÍSTOLAS...

¿Quién no ha escrito alguna vez una carta de amor? ¿Quién no ha confesado en ella las pasiones más diversas y ha dejado volar sus más nobles sentimientos? ¿Quién no ha escrito una carta a un amigo, o a una amiga, compañeros de la infancia, cómplices de la adolescencia, colegas de profesión, que un día decidieron emprender camino buscando la realización de su proyecto de vida, allende los mares de nuestra Isla? ¿Quién no ha escrito una carta formal, oficial, interesando o reclamando un derecho, ante un mal trato, o ante la violación de sus derechos, o los de sus familiares, o incluso los de sus amigos? ¿Quién no ha escrito una carta dirigida a sus padres, envuelto en la nostalgia que la lejanía del hogar familiar supone, con la zozobra de no volverlos a ver con vida? ¿Quién no se ha confesado a sí mismo, en un modo no litúrgico, en una carta cuyo destinatario es su más próximo confidente? ¿Quién no ha escrito una carta mirando el mar, divisando el horizonte, a un destinatario que nunca será y que pudo ser?

Siempre ha existido a lo largo de la historia la necesidad de las personas de comunicarse entre sí. El hombre ha necesitado transmitir información y ha buscado diversas formas de comunicar mensajes a distancia, lo que comienza desde los tiempos más antiguos y en su momento, sus métodos eran muy efectivos, aunque difíciles, arriesgados y muy lentos si los comparamos con los actuales. La primera correspondencia era oral y los mensajes eran elegidos entre quienes se destacaban por tener buena memoria. Es una necesidad innata que tiene sin dudas una importante trascendencia social. La idea de comunicar el pensamiento a la distancia es tan viejo como el espíritu humano, que es social por naturaleza y necesita del intercambio y de la vinculación. Las personas necesitan exteriorizar sus ideas, pensamientos, reflexiones, valoraciones, y por supuesto sus afectos más íntimos hacia las personas cercanas, amigos, cónyuge. Como apunta GALLI "... la correspondencia es el reflejo fiel del sentimiento, sea para prolongar el afecto, el cariño, el dolor o la pasión. Todavía el individuo no ha superado para traducir su estado de alma, el vehículo admirable de la correspondencia"².

A lo largo de la historia la carta fue prácticamente la única forma de envío de mensajes entre personas y pueblos. Correspondencias entre gobernantes definirán los destinos de naciones, crearán mitos, registrarán catástrofes y grandes

2 GALLI, Enrique V., "Estudio jurídico de la correspondencia", en La Ley online, cita online: AR/DOC/5917/2010, p. 2.

hechos, moldearán religiones, darán la noticia al mundo de inventos y creaciones. Ellas han ayudado a contar la historia de las civilizaciones y culturas y hoy son objetos valiosos para los coleccionistas, museos e investigadores. Las cartas han mutado radicalmente con el tiempo, mas su dinámica esencial permanece inalterada. Si antes los mensajes eran transmitidos en placas y pergaminos, hoy las cartas son digitales. La rapidez de la información por las posibilidades de conexión mutaron los hábitos de las personas al enviarse mensajes unas a otras. La creación de sistemas de correos fue fundamental en los siglos pasados para aproximar ciudades, incentivar el comercio y crear redes de comunicación más eficientes o que también auxilien la expansión de las empresas.

Escritas a manos, dactilografiadas y por fin impresas, las cartas con la explosión de las nuevas tecnologías ganarán nuevas plataformas, pero subsistirán en otra dimensión, ahora digital. Los emails y después los mensajes instantáneos, las redes sociales, transformarán definitivamente esa práctica y condenarán a otros medios, quizás hoy catalogados de clásicos, irremediamente a la extinción.

No obstante, es dable aclarar que ninguna novedad tecnológica tendrá el poder de apagar la raigambre histórica que las cartas tienen consigo. Ellas tienen mucho que contar sobre personajes célebres, artistas, escritores, científicos, políticos, gobernantes. El papel fundamental que ejercieron en el mundo es innegable. La historia de la humanidad tiene en las cartas una valiosa herramienta de investigación.

La palabra correspondencia se deriva de “correo”, se refiere a “el que corre” y se remonta a épocas en que los portadores de noticias eran verdaderos atletas. Un mensaje legendario es el corredor de la célebre batalla de Maratón, que en el año 490 a.C., recorrió los 42 kilómetros que separaban dicho lugar de Atenas para anunciar la victoria de los griegos. Cumplido su deber, murió.

En un principio se escribía en pergaminos fabricados con pieles de animales, luego usaron los papiros, hechos de la corteza terrestre de un arbusto³.

Fueron los chinos quienes inventaron el papel, un material más liviano y de fácil manejo, que se impuso en todo el Imperio del lejano Oriente y fue conocido mucho después en Occidente. China impulsó el desarrollo más importante del correo en la Antigüedad, que llegó a ser ejemplar.

En los tiempos bíblicos las cartas tuvieron gran importancia. No se puede olvidar que en el Nuevo Testamento, 21 de sus 27 libros son cartas, o algo muy similar a ellas, lo cual viene determinado entre otras razones, en que la carta como medio de comunicación, tanto para asuntos públicos como privados era el medio idóneo a tal fin, que tenía a su disposición la Iglesia, además el rápido cre-

3 Expresa GRISPO que el género epistolar tuvo importancia ya en el antiguo Egipto, constituyendo la labor principal de los escribas. Vid. GRISPO, Jorge Daniel, “Correspondencia, e-mail y mensajes de texto en el nuevo Código”, en La Ley, 13 de octubre de 2015, La Ley 2015-E, 1243, cita online: AR/DOC/2964/2015, p. 1.

cimiento de la Iglesia en sus primeras décadas de vida exigía un medio flexible, económico y a la vez rápido, de mantenerse en contacto con los creyentes diseminados en toda la extensión del Imperio. Las cartas eran un medio establecido de sentir “presencia”, “mantener el contacto”, de “conservar amistad” y, en ciertas organizaciones, de “conservar las líneas de autoridad”. El logro de estos fines en el Imperio Romano se alcanzaba por medio de cartas, las que sin duda adquirirían un inmenso valor, debido a los tiempos prolongados que frecuentemente separaban a una misiva de la siguiente. Destacan entre todas, las epístolas paulinas que son un conjunto de trece cartas o epístolas escritas o atribuidas a San Pablo y redactadas en el siglo I. Se trata de un corpus de escritos representativos del llamado cristianismo paulino, una de las cuatro corrientes básicas del cristianismo primitivo que terminaron por integrar el canon bíblico.

Durante el Renacimiento se extendió el uso de la palabra escrita como medio de comunicación y se desarrolló la imprenta. El correo, privilegio de reyes, se fue extendiendo a todas las capas sociales, popularizándose como un servicio de correspondencia confiable. Por ello no es de extrañar, tal y como nos recuerda GRISPO “que el género epistolar (...) se transformó en un género literario a partir del humanismo renacentista, usualmente de estilo formal. Pasó a ser un género más habitual a partir del siglo XVIII, utilizado para la crítica político-social de la época. Los siglos XIX y XX encontraron a las epístolas como una forma de conversación escrita entre dos personas, llegando a ‘revelar’ lo más secreto de los pensamientos y los sentimientos de quienes se abocaban a su escritura, es importante entender esto, para lograr comprender la importancia de su protección y su confidencialidad en la legislación actual, en tanto hace a la intimidad de las personas.

”La epístola o carta fue el modo normal y habitual de comunicación entre las personas hasta buena parte del siglo pasado. Su importancia es tal, que el ‘Estado’, es responsable de velar por su “confidencialidad”, cualquiera sea su forma”⁴.

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, en su edición del tricentenario, de 2014, carta, del latín charta, en su primera acepción, es el “Papel escrito, y ordinariamente cerrado, que una persona envía a otra para comunicarse con ella”⁵, en tanto correspondencia, entre sus significados destaca como tercero: “correo (conjunto de cartas que se despachan o reciben)”⁶. Correo, por su parte, en su primera acepción tiene varios significados, muy vinculados los unos con los otros, bien porque se refieran al servicio mismo o al medio de transporte que facilita el traslado, a saber: “servicio público que tiene por objeto el transporte de la correspondencia oficial y privada”, “persona que tiene por oficio llevar y traer la correspondencia de un lugar a otro”, “persona que lleva un mensaje u otro

4 Idem.

5 En <http://dle.rae.es/?id=7jSjnZM>, consultada el 17 de febrero de 2016.

6 En <http://dle.rae.es/?id=AywUHLh>, consultada el 17 de febrero de 2016.

envío”, “que lleva de un lugar a otro información, mercancías, objetos, etc., de manera clandestina”, “vapor, coche, tren, etc., que lleva correspondencia”⁷.

Y como dice gráficamente CASTÁN VÁZQUEZ: “Innegable es la variedad de las cuestiones jurídicas que la correspondencia epistolar puede plantear. Sabido es que las cartas son vehículos de posibles manifestaciones de voluntad, de creencias o de sentimientos: que a través de ellas pueden pactarse contratos, extinguirse obligaciones, reconocerse la filiación, otorgarse testamento, perpetrarse delito de injurias...; que pueden tener un importante contenido científico o literario; que pueden dar origen a diversos litigios entre el remitente y el destinatario y aun afectar a terceros y que esta rica gama de cuestiones posibles interesa tanto al Derecho privado como al Derecho público”⁸.

Las cartas han sido históricamente las protagonistas de la comunicación escrita hasta que en fecha digamos, relativamente reciente si la comparamos con los siglos transcurridos, han sido desplazadas por la comunicación por vía electrónica a través del email o correo electrónico⁹. ESCRICHE, -citado por COLOMBO- define en su Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia, que la “carta es el papel que uno escribe y dirige regularmente cerrado a otro, manifestándole sus pensamientos sobre alguna cosa. Suele llamarse carta misiva”¹⁰. Por su parte, GENY, también citado por el propio autor, la define como “un escrito emanado de una persona y dirigido a otra con el fin de formular a ésta sus pensamientos o deseos, utilizando para ello los servicios de un intermediario que es, por lo común, la dirección de correos”¹¹. Para COLOMBO, “carta misiva” constituye una frase genérica, comprensiva de otras: la carta confidencial, la carta-orden, la carta-poder, la carta de recomendación, etc., siendo indiferente que el envío se haga con intervención de un tercero o directamente, o que la entrega

7 En <http://dle.rae.es/?id=Ayfhjz9|AyjqP7U>, consultada el 17 de febrero de 2016.

8 CASTÁN VÁZQUEZ, José María, “El derecho al secreto a la correspondencia epistolar”, en Anuario de Derecho Civil, tomo XIII, fascículo I, enero-marzo 1960, p.4.

9 Empero, no se deja de valorar su significación, incluso el rescate de estas de cara a la protección de la cultura. Según CORTÉS IBAÑEZ, Emilia, “El epistolario, espejo de la infrahistoria”, en Zenobia Camprubí y la Edad de Plata de la cultura española, bajo la coordinación de la propia autora, Universidad Internacional de Andalucía, 2010, p. 266, “Actualmente, cada vez más, asistimos al rescate de cartas, a la publicación de Epistolarios de personas conocidas, importantes y, lejos de quedar relegadas al olvido, el interés que despiertan cada vez es mayor, interés en el público en general y en la crítica en particular.

”Entendidas como un género menor, las cartas están muy valoradas por los estudios culturales, de gran auge en la actualidad, como documentos-testimonio. Así, la gran cantidad de situaciones que pueden establecerse entre emisor y destinatario”.

10 ESCRICHE, cit. pos COLOMBO, Leonardo A., “Comentario sobre las cartas misivas”, en Páginas de ayer, 2004-3 29 de abril de 2004, 27, cita online: AR/DOC/1099/2004, p. 3.

11 GENY, cit. pos COLOMBO, L. A., “Comentario...”, cit., p. 4.

se efectúe ‘de mano a mano’¹². Para DELLAQUA y FACCENDA “Carta misiva es, pues, una carta que se redacta para ser enviada a su destinatario, es una comunicación escrita entre dos o más personas”¹³. Según LLAMBÍAS, “constituyen un género en el que quedan comprendidas como especies particulares las cartas propiamente dichas, sean familiares o comerciales, las postales y los telegramas. En cambio, se considera que no son cartas misivas las llamadas cartas abiertas en las cuales el vocablo está usado sólo para denominar una pieza escrita destinada a la divulgación pública, ni los mensajes telefónicos”¹⁴. A juicio de MOEREMANS Y CASAS “constituyen una extensión de la personalidad. Allí se reflejan sentimientos, pensamientos, ideas. Se expresa amor, añoranza, amistad, odio. En sus hojas se deja parte de nuestra personalidad (...), de nuestra intimidad, la que se encuentra protegida materialmente por el sobre”¹⁵.

Si bien, suele usarse la expresión carta misiva, en buen español, a mi juicio, ha de utilizarse un término u otro, porque como apunta ROLLERI, con preciosismo del lenguaje “las denominadas cartas misivas o mejor expresado las cartas o misivas, dado que ambas palabras suelen utilizarse con similar significado, han sido definidas simplemente como comunicaciones escritas entre dos o más personas o también como un escrito por medio del cual una persona se propone comunicar a otra su pensamiento, siendo la primera de ellas el ‘expedidor’ y la segunda el ‘destinatario’”¹⁶.

2 DE LAS EPÍSTOLAS AL CORREO ELECTRÓNICO: LA ERA DE LA CORRESPONDENCIA CIBERESPACIAL

La historia milenaria de las cartas, el correo tradicional, la transportación aérea de estas, la magia de su recepción, todo ello se ha desvanecido en menos 30 años, la era digital y con ello la informatización de la sociedad, ha hecho posible que la correspondencia epistolar postal se haya sustituido por la electrónica. El empuje de la sociedad de la información es hoy imparable, “(e)l paradigma de la misma es Internet, que constituye un medio de comunicación y de acceso a la información rápido, barato y eficiente que vino a modificar la conciencia empresarial y de los particulares creando nuevos espacios de intercambio cultural”¹² COLOMBO, L. A., “Comentario...”, cit., p. 4.

13 DELLACQUA, Mabel y María Cecilia FACCENDA, “Cartas post mortem y comunicaciones electrónicas ante la intimidad, en La Ley, 5 de febrero de 2008, La Ley 2008-A, 1042, cita on line, AR/DOC/3557/2007, p. 1.

14 LLAMBÍAS, cit pos DELLACQUA, M. y M. C. FACCENDA, “Cartas post mortem...”, cit. pp. 1-2.

15 MOEREMANS, Daniel E. y Manuel Gonzalo CASAS, “Protección del e-mail como extensión del derecho a la intimidad”, en La Ley, 21 de agosto de 2007, 1 - LA LEY-2007-E, 740, cita online: AR/DOC/2527/2007, p. 4.

16 ROLLERI, Gabriel G., “La confidencialidad de las cartas post mortem”, en DJ de 16 de abril de 2008, 977 - DJ2008-I, 977, cita online: AR/DOC/362/2008, p. 1.

ral, político y social”¹⁷. En consecuencia, el correo electrónico ha desplazado al correo postal. Cada vez resulta más esporádico escribir una carta. Las personas se comunican con sus familiares y amigos por correo electrónico, o a través de mensajes telefónicos, o por videoconferencias. Los más jóvenes prefieren la inmediatez y la gratuidad de la mensajería instantánea que ofrece v.gr., la aplicación de whatsapp.

El correo electrónico permite transferir datos, documentos, ideas, pensamientos, sentimientos entre dos usuarios. Para que sea posible la comunicación vía e-mail es necesario que los sujetos intervinientes posean una dirección electrónica, que actúa de buzón, de identificador de las personas. De esta manera se encuentran dos terminales, la del remitente y la del destinatario, cada una con su dirección de correo y se intercambian mensajes, los que son llevados por los proveedores de servicio de Internet.

Como bellamente expresa Simon GARFIELD en su libro *Postdata*. Curiosa historia de la correspondencia, “La digitalización de la comunicación ha ejercido un efecto devastador sobre nuestras vidas. Sin embargo, el impacto de la escritura de cartas —tan gradual y tan fundamental— ha pasado desapercibido como un verano londinense. Un elemento crucial para el bienestar emocional y económico desde la antigua Grecia se viene desvaneciendo desde hace veinte años. Dentro de otros veinte, la próxima generación creará que el barco de vapor y el acto de lamer un sello son dos cosas equiparablemente antiguas. Hoy se puede todavía viajar en barco de vapor y también se pueden enviar cartas, pero ¿por qué íbamos a hacerlo si existen alternativas mucho más rápidas y cómodas?

”Aún estoy buscando la manera de describir ese suspiro azul que es una carta aérea, el peso ostentoso de una invitación con su correspondiente Se ruega confirmación, el feliz apretón de manos de una nota de agradecimiento. Auden lo describió certeramente: lo romántico del correo y de las noticias que trae, las posibilidades transformadoras de la correspondencia. Solo la llegada de una carta nos despierta una fe que nunca se agota. La bandeja de entrada del correo electrónico frente a la caja de zapatos envuelta en papel de estraza: esta última será atesorada y nos acompañará cuando nos mudemos, o la dejaremos atrás y alguien la encontrará cuando nos hayamos ido.

”¿Debería nuestra historia, la prueba de nuestra existencia personal, residir en un servidor (en una nave de paredes metálicas en mitad de una llanura estadounidense) o más bien donde siempre lo ha hecho, esparcida entre nuestras posesiones físicas? Un correo electrónico es más difícil de ‘guardar’, pero nunca pierde su perdurabilidad de píxel, y eso es una paradoja que solo ahora empezamos a asimilar. Los mensajes de correo electrónico son un dedo que nos tamborilea en el hombro para avisarnos de algo, pero las cartas son caricias y siempre se quedan merodeando para ser redescubiertas”¹⁸.

17 MOEREMANS, D. E. y M. G. CASAS, “Protección del e-mail...”, cit., p. 1.

18 En <http://www.infobae.com/2015/04/11/1721579-la-historia-la-correspondencia-un->
Revista de Direito da Faculdade Guanambi. Ano 2, vol. 2, n. 1. Jan-Jun 2016. ISSN 2447-6536.

La sustitución paulatina de la correspondencia epistolar por el correo electrónico ha sido una manifestación concreta de los cambios en los paradigmas culturales, incluso idiosincráticos de la sociedad. No se olvide que en todo caso desde el ámbito jurídico la correspondencia, cualquiera sea su envoltura, supone “una comunicación de ideas, sentimientos, propósitos o noticias —elementos netamente inmateriales—, que una persona hace a otra u otras determinadas, por un medio apto para fijar, transmitir o recibir la expresión del pensamiento”¹⁹, y en este sentido su necesidad sigue siendo perenne para las personas²⁰.

Las actuales generaciones perciben las cartas remitidas por correo postal como expresión de un pasado, apenas vivido por ellas. De ahí que desde el Derecho uno de los dilemas más interesantes lo sea si es equiparable el régimen jurídico que atañe a la correspondencia, desde el derecho a su inviolabilidad, reconocido en la mayoría de las Constituciones, el respeto al derecho a la privacidad, y las normas que desde el Derecho civil, el administrativo y el penal, tutelan la correspondencia. O sea, tal y como acontece con la firma electrónica avanzada²¹ que es equivalente funcionalmente a la firma manuscrita, ¿Cabría hablar entonces de una equivalencia de la correspondencia epistolar con el correo electrónico? “No cabe dudar de que los adelantos tecnológicos han facilitado la comunicación entre las personas, derribando barreras que le eran infranqueables al correo tradicional. En general, los mensajes transmitidos por correo electrónico (e-mail) se los ha equiparado con la correspondencia epistolar”²². Y es justo que así sea. En Argentina, la jurisprudencia en materia penal ha tendido a identificarlos de ese modo, definiéndolos como “un verdadero correo en versión actualizada”, esto es, se ha equiparado con el correo postal común al afirmar que otorga la amplia gama de posibilidades que brindaba el correo tradicional al usuario que

-erudito-y-fascinante-libro, consultada el 17 de febrero de 2016.

19 GRISPO, J. D., “Correspondencia, e-mail...”, cit., p. 2.

20 La idea de comunicación y de diálogo ha sido un elemento consustancial a la noción de correspondencia. De ahí que, según la jurisprudencia argentina “solo la correspondencia de carácter epistolar, es decir la comunicación entre remitente y destinatario, tiene la garantía constitucional y no existe comunicación por el solo hecho de que el remitente envié una pieza escrita a un destinatario si la misma no implica elementos de un diálogo, por lo no se puede entender por correspondencia toda pieza enviada por correo cualquiera sea su carácter”. CN Penal Económico Sala I, Agosto 30 de 1988, ED, 131-171.

21 El procedimiento para el empleo de la firma electrónica es el de la criptografía asimétrica, que consiste en que el titular posee una clave privada y una pública. La clave privada es de su exclusivo uso y conocimiento, que la utilizará para cifrar un mensaje. Por el contrario, la clave pública permite a los terceros descifrar el mensaje. De manera tal que en el caso de que el remitente, titular de una firma, hubiera cifrado el mensaje con su clave privada, y el destinatario la descifra con la clave pública se podrá afirmar que el mensaje pertenece realmente al remitente. La firma electrónica avanzada es autenticada por una autoridad de certificación constituida a tal fin.

22 DELLACQUA, M. y M. C. FACCENDA, “Cartas post mortem...”, pp. 3-4.

tenga acceso al nuevo sistema (“Lanata, Jorge s/desestimación”, Sala VI Cámara Criminal y Correccional de la Capital Federal). Sin dudas “se impone que la ‘correspondencia epistolar’ y la que, de iguales características, circule por ‘e-mail’ deben equipararse en su tutela jurídica. En ambos supuestos, lo remitido debe ser ‘vehículo del pensamiento que ponga en relación a remitente con destinatario’ como forma de enviar y recibir mensajes”²³.

Cabe puntualizar, no obstante, que si bien tanto la correspondencia epistolar tradicional como el correo electrónico se utilizan para comunicar a las personas, el medio por el cual se transmite la información es la principal diferencia entre ambas formas de correo, lo cual no es suficiente, a mi juicio, como para que tengan un tratamiento disímil, y no le alcance a la correspondencia electrónica la protección constitucional y ordinaria que está tiene, como expresión de la tutela al derecho a la intimidad. Se ha dicho con razón que “En las comunicaciones por e-mail se emplean instrumentos de tecnología más sofisticada; ello pues para su funcionamiento requiere un prestador del servicio, el nombre de un usuario y un código de acceso que impide a terceros extraños la intromisión en los datos que puedan emitirse o archivarse (...) o al menos, en principio, no permite el libre acceso”²⁴. Los proveedores de acceso a Internet, en son quienes intervienen necesariamente en la conexión entre usuarios y sitios web, así como en la actividad de remisión y reenvío de correo electrónico, dado que nos brindan una dirección IP (Protocolo de Internet), que consistiría en un espacio de acceso a Internet. En el envío de emails el intercambio de información que se produce es similar a lo que sucede a través del correo postal, con la diferencia de que los ISP —agente transportador en el caso del correo electrónico— tiene la posibilidad del conocimiento del contenido de los emails, debido a que por medio de la dirección IP pueden saber todos los hechos realizados en el momento de nuestra conexión, lo cual pudiera conculcar el derecho a la intimidad²⁵.

Empero, más allá del diverso soporte técnico, el derecho a la intimidad reconocido constitucionalmente debe ser resguardado y, por lo tanto, nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias en su correspondencia, sea postal o electrónica.

En Estados Unidos el tema ha resultado bien peliagudo, si bien la protección de las expresiones o el contenido privado ha existido desde antiguo en el Common Law, particularmente en las leyes de derecho de autor. Por más de 200 años, las leyes sobre derecho de autor han protegido casi absolutamente a los

23 BERTOLDI DE FOURCADE, María Virginia y Patricio STEIN, “Derecho a la intimidad, correspondencia electrónica y proceso de familia”, en DJ 05 de marzo de 2008, 529 - DJ2008-I, 529, cita online: AR/DOC/363/2008, p. 2,

24 *Ibidem*. En esta oportunidad, apoyadas en SZARANGOWICZ, Gustavo, “Nota sobre el correo electrónico y la tutela constitucional de la correspondencia epistolar”, JA, 2005-III-706.

25 Apud MOEREMANS, D. E. y M. G. CASAS, “Protección del e-mail...”, cit., p. 7.

autores de las cartas. Esta protección tenía lugar a través de un derecho llamado “derecho de primera publicación”, el cual permitía al autor, el control exclusivo acerca de si una carta podía ser publicada y cuando, por un tercero que no fuera el destinatario. De esta forma se aseguraba que el destinatario no pudiera copiar el contenido de la carta y entregársela a un tercero. Notablemente, esta protección no requería de ninguna formalidad como el registro u otra cualquiera.

En 1976 todo ello cambió cuando el Congreso aprobó la ley de derecho de autor, la cual no protege la privacidad de las personas que envían emails de la misma forma que los principios del Common Law protegían a los autores de las cartas. La ley excusa el uso violatorio de una obra siempre que este sea considerado como justo (fair use). El uso justo se considera tal cuando no perjudica el valor económico de la obra. Esto es relevante en el caso de reenvío de emails, porque no daña la posibilidad del autor de llevar al mercado el contenido, especialmente porque no hay usualmente un mercado para la correspondencia casual²⁶.

3 CARTAS, EPÍSTOLAS O CORREOS ELECTRÓNICOS SUSCEPTIBLES DE PROTECCIÓN POR EL DERECHO DE AUTOR

Ya se traten de cartas remitidas por correo postal o electrónico, no toda epístola tiene valor literario, por la originalidad de su contenido, o sea sólo serán protegidas las cartas – y por extensión-, lo correos electrónicos cuyo contenido sea una creación originaria, artística, literaria o científica. Ello quedará sujeto a un juicio de valoración que en caso de litis corresponderá apreciar a los jueces. Algunas legislaciones incluyen expresamente a las cartas dentro de los objetos de protección del derecho de autor²⁷, por supuesto si el contenido expresado en ella, es merecedor de la tutela por las razones antes aludidas. La connotación lite-

26 Vid. “The Impermeable Life: Unsolicited Communications in the Marketplace of Ideas Source”, Harvard Law Review, Vol. 118, No. 4 (Feb., 2005), pp. 1314-1338; Published by: Harvard Law Review Association Stable, URL: <http://www.jstor.org/stable/4093381>, accessed: 04-02-2016, passim.

27 Algunas leyes de derecho de autor, incluyen en sus primeros preceptos, en ocasión de regular las obras objeto de tutela desde el derecho de autor, entre otras, a las cartas. Así, el artículo 1, párrafo 2º de la Ley sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos de Costa Rica, No. 6683, de 14 de octubre de 1982, describe a las cartas como obras literarias y científicas, siempre que cumpla con tales requerimientos, protegidas por el derecho de autor. Las misivas están resguardadas por el derecho de autor en virtud del artículo 8 a) de Ley de Propiedad Intelectual de Ecuador de 8 de mayo de 1998. Igualmente el artículo 13 de la Ley de Propiedad Intelectual de El Salvador, No. 604, de 15 de julio de 1993, reformada por el Decreto-Ley No. 985, de 17 de marzo de 2006, incluye las cartas dentro de las obras protegidas por el derecho de autor, en el artículo 13. El epistolario está protegido por el derecho de autor, según el artículo 10 de la Ley de Propiedad intelectual española, siempre que las cartas tengan valor literario, científico o artístico.

raria, política o académica en sentido general del autor de las cartas incide, pero no determina el que estas sean protegidas por el derecho de autor. Los mismos requerimientos que se exigen para que una obra pictórica, una novela, una pieza musical, una escultura, sean tuteladas por el derecho de autor, igualmente han de cumplimentar las cartas.

En este orden, es meritorio reseñar lo previsto en el artículo 93 de la Ley sobre el derecho de autor y de otros derechos conexos a su ejercicio, de 22 de abril de 1941, que en su artículo 93 es sumamente descriptiva en el objeto de protección autoral a la correspondencia epistolar, al dejar incluido en ella, no solo la correspondencia epistolar en sí, sino también las memorias familiares y personales (diarios) y otros escritos de la misma naturaleza.

En todo caso, se ha de tratar de obras del ingenio humano, tutelables por el derecho de autor, en tanto tengan el carácter de la creatividad, en ausencia del cual serán libremente reproducibles, salvo el límite de la tutela del derecho a la intimidad y privacidad de las personas.

En este se ha dejado dicho desde la doctrina italiana que resulta esencial la valoración de los requisitos necesarios para cualificar un bien como obra del ingenio, entre estos fundamentalmente su carácter creativo, como consecuencia de la originalidad de la obra, o sea, el modo personal en que el autor expresa su pensamiento. A ello se une la necesidad de que las ideas se materialicen en las formas taxativamente previstas por el artículo 1 de la Ley italiana sobre derecho de autor²⁸.

Asimismo, se ha defendido la idea de que respecto del requisito de la creatividad, la doctrina ha estado atenta a que la amplia libertad reconocida al autor de expresar sus propias ideas puede hacer menos incisiva la relevancia de la originalidad. Esto sucede cuando la obra se alinea a las creaciones realizadas por el propio sujeto con el efecto de ampliar la gama de obras tuteladas.

Tales observaciones, incluso compartidas en abstracto no se pueden considerar válidas cuando la exteriorización de las ideas se den por medio del envío de una carta. De la lectura de las normas jurídicas se desprende que las cartas, por regla general, no contienen obras del ingenio y que por tanto esta característica debe considerarse excepcional²⁹.

De manera particular la hipótesis del artículo 95 de la citada ley italiana, -sigue apuntado NAZZARO- se relaciona en términos de excepcionalidad con la hipótesis general del artículo 93. Esto conduce a reputar la disciplina sobre el derecho de autor, aplicable a la correspondencia, solo cuando su contenido integre los extremos de las obras del intelecto según una valoración realizada sobre la base de criterios restrictivos. Resulta necesaria la presencia de todos los requisitos del artículo 1 de la Ley y no parece que se pueda prescindir de la originalidad,

28 NAZZARO, Anna Carla, "I potteri dispositivi sulla la corrispondenza tra riservatezza e diritto d'autore", *Rassegna di diritto civile* 1/2000/Pareri, p. 128.

29 Idem.

de modo que resulte inequívoco el carácter creativo³⁰.

4 AUTORÍA Y TITULARIDAD DEL DERECHO DE AUTOR SOBRE LAS CARTAS Y CORREOS ELECTRÓNICOS

Acontece sobre las cartas la misma situación que sobre otras obras protegidas por el derecho de autor. En primer orden hay que distinguir entre el corpus mysticum y el corpus mechanicum, o sea, entre el contenido y el continente, entre la obra misma y el soporte que la contiene, donde sin dudas pueden suscitarse fricciones entre los derechos del autor, protegidos por la propiedad intelectual, cuya titularidad puede o no coincidir con la autoría y por otra parte el derecho de propiedad que se ostenta por el titular del soporte cartáceo de la carta, o sea, el papel que la contiene (incluido el sobre), ello en el ámbito del clásico, legendario y hasta poético correo postal, pues en clave de correo electrónico, habría que distinguir igualmente entre la obra literaria o científica contenida en el correo, y el soporte intangible de éste, que será titularidad del destinatario, pues aun cuando el remitente alegue tener en su buzón de correo electrónico el correo remitido, con su envío, está desprendiéndose del soporte intangible en que se contiene este.

Titular de los derechos de autor sobre la carta o correo electrónico lo es el remitente, o sea, quien lo ha escrito, pero el Derecho vigente concede titularidad también a determinadas personas, distintas del autor, sobre todo en razón del fallecimiento de aquel. Las personas legitimadas por ley, tendrán titularidad sobre la obra contenida en la carta o correo electrónico, si bien no son sus autores.

PAU PEDRÓN desde la doctrina española cita la Sentencia del Landegricht de Berlín, de 2006, que resolvió un curioso caso judicial referenciado por el autor³¹, para lo cual tuvo que precisar qué cartas son las que resultan protegidas 30 *Ibidem*. Según el dictado literal de los artículos 93 y 95 de la Ley italiana sobre derecho autor y otros derechos conexos, a cuyo tenor: “93. Le corrispondenze epistolari, gli epistolari, le memorie familiari e personali e gli altri scritti della medesima natura, allorché abbiano carattere confidenziale o si riferiscano alla intimità della vita privata, non possono essere pubblicati, riprodotti od in qualunque modo portati alla conoscenza del pubblico senza il consenso dell’autore, e, trattandosi di corrispondenze epistolari e di epistolari, anche del destinatario.

Dopo la morte dell’autore o del destinatario occorre il consenso del coniuge o dei figli, o, in loro mancanza, dei genitori; mancando il coniuge, i figli e i genitori, dei fratelli e delle sorelle, e, in loro mancanza, degli ascendenti e dei discendenti fino al quarto grado. Quando le persone indicate nel comma precedente siano più e vi sia tra loro dissenso, decide l’autorità giudiziaria, sentito il Pubblico Ministero.

È rispettata, in ogni caso, la volontà del defunto quando risulti da scritto”.

“95. Le disposizioni degli articoli precedenti si applicano anche alle corrispondenze epistolari che costituiscono opere tutelate dal diritto di autore ed anche se cadute in dominio pubblico. Non si applicano agli atti e corrispondenze ufficiali o agli altri atti e corrispondenze che presentano interesse di Stato”.

31 El autor narra el caso del Premio Nobel Günter Grass. Dicho escritor en unas cartas

por el derecho de autor, dada la indefinición al respecto de la Ley de Propiedad Intelectual alemana. A tal fin, el Tribunal alemán dejó sentado que las cartas con valor, las que distingue de las cartas ordinarias “... se trata (...) de comunicaciones que van más allá, por la forma y contenido, de las que tiene un contenido común, y expresan una creación teñida de individualidad (eine individuell geprägten Schöpfung), hay que reconocer que en ellas debe darse la protección de la propiedad intelectual, porque la creación teñida de individualidad se da en la manifestación del pensamiento (Gedankenformung) y el contenido expuesto, así como en modo y forma de la ordenación, la transmisión y estructuración de la materia que se presenta” “Para ello no tiene que tratarse de documentos altamente intelectuales de carácter literario (hochgeistige Erzeugnisse literarischer Prägung) basta con que se eleven de las cartas comunes por la configuración de idioma (Sprachgestaltung) o por tratar cuestiones científicas, culturales, políticas u otras cuestiones”.

4.1 Contenido del derecho de autor. Especial referencia a la facultad de publicación

Ahora bien, cuál es el contenido del derecho de autor del remitente de una carta. En principio, hay consenso doctrinario y legislativo sobre la titularidad del derecho de autor a favor del remitente de la carta o correo electrónico, pues la obra fue creada por él³². Se parte del presupuesto que la carta rebasa el concepto de carta ordinaria, sin relevancia intelectual alguna, o que sea una carta informativa, sin valor alguno para la propiedad intelectual. Como titular del derecho de autor, tiene la facultad de divulgar la carta o el correo electrónico, pero en todo caso tendrá que superar el test de la privacidad, o sea, para poder divulgar una carta por el autor tendrá que interesar el asentimiento del remitente, en caso de que el contenido de la carta o del correo sea confidencial o privado. De carecer de ello, parece que nada priva al autor, remitente, de divulgar las cartas, a través, v.gr., de una publicación literaria, manifestación de lo cual lo son innumerables epistolarios publicados a través de la historia.

dirigidas al Ministro de Economía Karl Schiller, con un pasado nazi como el del propio escritor, le exigía que revelase públicamente ese pasado. Las cartas fueron enviadas el 15 de julio de 1969 y el 28 de abril de 1970. El autor de las cartas no tenía derecho a difundirlas, en tanto afectaban la intimidad de Schiller. Mientras que este tenía derecho a destruirlas, como destinatario de estas. Verdadera tensión entre el derecho de autor y el de la intimidad. Pero lo cierto fue – según narra PAU PEDRÓN, que quien publicó las cartas fue el periódico Frankfurter Allgemeine Zeitung, sin consentimiento, ni del remitente, ni del destinatario, empero quien interpuso querrela fue el escritor por haber sido lesionado su derecho de propiedad intelectual. Vid. PAU PEDRÓN, Antonio, “¿De quién son las cartas?”, en Anales de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, No. 38, Madrid, 2008, pp. 179-180.

32 Así, PAU PEDRÓN, A., “¿De quién son...”, cit., p. 147.

En el Derecho comparado parece ser esta la posición que se adopta. Las normas autorales reconocen la autoría y titularidad sobre la obra literaria o científica contenida en las cartas y hoy con un sentido de equivalencia funcional, también en los correos electrónicos, aunque expresamente no se pronuncien. La facultad de divulgación a través de la publicación es del autor o remitente. Así se reconoce en el artículo 32 la Ley de Propiedad Intelectual de la Argentina, el artículo 34 de la Ley de derecho de autor de Brasil, el artículo 10 de la Ley de derecho de autor y derechos conexos de Costa Rica, que no solo le atribuye la facultad de publicación al autor o remitente, sino que se la niega expresamente al remitente, el artículo 49 de la Ley de derecho de autor de República Dominicana, que igualmente prohíbe al destinatario divulgar la carta que le fue remitida, posición que también sigue el artículo 84 de la Ley sobre derecho de autor de Colombia.

Esta facultad de divulgación, esencialmente a través de la publicación, que es la forma más común y a la que expresamente se refieren las normas jurídicas, no priva al autor que utilice otra forma de divulgación como pudiera ser leer su contenido en programas radiales, televisivos o en el cine. En todo caso, el límite de la privacidad del destinatario se erigirá como barrera infranqueable cuando la carta tenga un contenido íntimo, lo que no cambia en razón del medio de divulgación que emplee el autor.

Otros ordenamientos jurídicos son más explícitos en la manera de regular la posible tensión que pudiera suscitarse entre el ejercicio de la facultad de publicación de la carta por su autor y el respeto al derecho a la intimidad. De esta manera la Ley de Propiedad Intelectual de El Salvador, en su artículo 19 y la Ley de derecho de autor y derechos conexos de Guatemala, en su artículo 33, si bien atribuyen al autor el derecho a publicar la correspondencia (de modo que si se admite la posibilidad de publicar toda la correspondencia, ha de entenderse implícito la de publicar una sola de esas cartas, comprendidas en la correspondencia epistolar entablada), para lo cual el autor -según el decir de ambas normas-, necesita del consentimiento del destinatario, salvo que la publicación no afecte el honor o el interés de este último, con la particularidad de que la norma guatemalteca precisa que el consentimiento ha de ser expreso. Y no es que estas normas asuman una posición distinta a las de otros Estados. La regla contenida en ambos preceptos está implícita en el resto de las leyes autorales. La facultad de publicación es de titularidad del autor-remitente, pero en todo caso, nunca podría utilizarla, sin la anuencia del destinatario, si el contenido de la carta es confidencial, de modo que pudiera afectarle en su privacidad, en su honor, en fin, si se vulnerara ese espacio reservado de intimidad que el Derecho protege a las personas. Por tanto, cuando la correspondencia tenga carácter confidencial, o sea relativa a la intimidad de la vida privada, la facultad de publicación de la carta estará vinculada a la prestación del asentimiento del destinatario. En este caso, para la licitud de la publicación, o en sentido general, de la divulgación

de la obra, se requerirá tal asentimiento. El límite impuesto al libre ejercicio del derecho de autor está conectado al secreto de la correspondencia epistolar y a los hechos personales en ella narrados, de los cuales son titulares el remitente – en lo que concierne al contenido de la carta expedida-, y el destinatario, respecto del contenido de la carta recibida en lo que atañe también a su intimidad. De este modo el derecho-límite al secreto epistolar es bilateral, porque deben prestar su asentimiento a la publicación, tanto el remitente como el destinatario de la carta, por tanto el asentimiento de uno solo no hará lícita la publicación, salvo el caso de aquellas memorias familiares en las cuales haya ausencia de interlocutores, o que los propios titulares hayan renunciado a sus derechos, autorizando la publicación.

4.1.1 ¿Y después de la muerte del autor qué?

Si bien la facultad de divulgación, y en concreto de publicación de las cartas y correos electrónicos es titularidad del autor o remitente, el Derecho suele legitimar post mortem a determinadas personas, más que por razón de la herencia, por motivo de sus vínculos familiares, ya sea por el *ius connubii* o por el *ius sanguinis*. En este orden, debiera extenderse la tutela también a las parejas de hecho, uniones convivenciales, uniones *more uxorio*, o como se les denomine en cada ordenamiento jurídico, dado el alcance que estas tienen en la realidad socio-jurídica de nuestras naciones. Se trata de una titularidad derivada, a favor de personas legitimadas *ex lege*, a menos que el autor en vida haya atribuido esa legitimación a ciertas personas. Pues, aun cuando la mayoría de las leyes autorales atribuyen tal titularidad a parientes consanguíneos y al cónyuge, nada priva, a mi juicio, que sea el autor el que determine, sea por testamento o por otra manifestación negocial de voluntad, no necesariamente testamentaria³³, la persona a la cual encarga de velar por la publicación o no (poder del inédito) de las cartas, como parte de las facultades de contenido moral que le compete. Puede que el autor disponga la prohibición, aun post mortem, de la divulgación del contenido de las cartas, o que admita la divulgación por vías distintas a la publicación, o determine de qué forma sean publicadas estas. En todo caso, puede determinar, según su voluntad quién o quiénes estarían legitimados para hacer valer su voluntad post mortem, y en caso de pluralidad de sujetos, de qué modo deberán actuar estos.

Tómese en cuenta que por la connotación que para la vida privada e incluso familiar tiene la divulgación del contenido de las cartas o de los correos electrónicos, se trata de intereses tutelables desde la esfera privada o de la familiar, más que desde el prisma de la herencia. Por ese motivo las leyes autorales

33 Se abusa del testamento como reservorio de manifestaciones de voluntad de contenido post mortem, que no necesariamente *mortis causa*, supuesto es que se justificaría su instrumentación por vía testamentaria. Por ello puede perfectamente instrumentarse por acta de manifestaciones tal decisión del autor-remitente.

determinan un orden prelatorio, en atención a los intereses afectivos más atendibles, o sea, quiénes deberían estar legitimados para publicar las cartas, a partir de los estrechos vínculos familiares, que no necesariamente tendrían que coincidir con los sucesorios. Tampoco quiere decir que el autor-remitente no utilice la vía del testamento para determinar el destino de su epistolario, atribuyéndole legitimación a los herederos para que sean éstos quienes ad libitum ejerciten o no la facultad de divulgación, o concretamente de publicación del epistolario, ejemplos hay muchos³⁴. Es simplemente una opción. Los legisladores de las normas tuitivas del derecho de autor, en defecto de voluntad expresa del autor-remitente, presumen hipotéticamente, quiénes son los legitimados post mortem conforme con el principio de protección a la intimidad personal y familiar.

En caso de conflicto entre los parientes o el cónyuge, con prelación para ejercitar la facultad de publicación del epistolario, competerá a los jueces determinar su procedencia. En todo caso, sobre la base de que no se conculca la intimidad del destinatario. Los jueces valorarán en cada caso los argumentos esgrimidos por unos y otros sobre la posibilidad o no de dar a conocer el contenido de las cartas, o de su publicación. En estas circunstancias, pesará, a mi juicio, la connotación social de la carta, o de su autor, lo cual aunque no decisivo, será tenido en cuenta por el juez para tomar una decisión u otra.

En el Derecho comparado se suele legitimar en primer orden, a los hijos y demás descendientes y al cónyuge en el mismo orden, en ausencia de estos, al padre y a la madre³⁵, extendiéndolo algunas normas legales a parientes más lejanos como los hermanos y sobrinos, e incluso los primos³⁶, en tanto otras utilizan alguna expresión que mueven a la equivocidad³⁷.

34 En el ejercicio de la función notarial, he autorizado alguna que otra escritura pública de testamento con cláusula atinente a tal fin, a modo de ejemplo, transcribo una: *“Toda la documentación, correspondencia o demás documentos de cualquier tipo, relacionados con su historia personal, y de su titularidad, los deja en manos de sus herederos universales, quienes, a su libre albedrío, decidirán sobre su divulgación”*.

35 Es la fórmula empleada, v.gr., por la ley argentina que en su artículo 33 regula la protección post mortem de la facultad de publicación de las cartas misivas (como les denomina) en atención a aquellos también legitimados para autorizar la publicación post mortem de la fotografía del fallecido. Similar posición asume la ley dominicana en su artículo 50 y la ley colombiana en su artículo 85.

36 El claro ejemplo de esta benevolencia lo es la ley italiana, que en el párrafo segundo del artículo 93, dispone: *“Dopo la morte dell'autore o del destinatario occorre il consenso del coniuge o dei figli, o, in loro mancanza, dei genitori; mancando il coniuge, i figli e i genitori, dei fratelli e delle sorelle, e, in loro mancanza, degli ascendenti e dei discendenti fino al quarto grado”*.

37 Es el caso de la ley costarricense que en el artículo 10 atribuye la facultad de divulgación en el mismo orden al cónyuge y a los herederos consanguíneos, expresión que al parecer debe interpretarse conforme con la reglas de la sucesión ab intestato, o sea, serían aquellos parientes consanguíneos reconocidos como herederos ab intestato en el Código Civil costarricense, porque solo ellos reúnen ambas cualidades: la del parentesco

4.1.1.1 Plazo de protección post mortem

Dado que las cartas son expresión de nuestra personalidad, al contener nuestros pensamientos, ideas, confidencias, valoraciones personales, en aras de proteger la intimidad privada, también se establece por algunas leyes reguladoras del derecho de autor, un plazo de protección post mortem de la facultad de divulgación de la obra del ingenio humano contenido en epístolas, plazo que tiende a ser más breve en algunas de estas leyes, transcurrido el cual la obra caerá en dominio público. Así, en el Derecho argentino, respecto de la publicación de las cartas misivas, la segunda parte del artículo 35 de la Ley 11.723 prevé: *“el consentimiento no es necesario después de transcurridos veinte años de la muerte del autor de la carta. Esto aun en el caso de que la carta sea objeto de protección como obra, en virtud de la presente ley”*.

A tal fin, expresan VILLALBA y LIPSZYC que “Como indica el art. 35 in fine, la carta misiva puede ser un escrito en el sentido del art. 1° de la misma ley. Pese a ello, se le reconoce un plazo de protección menor, posiblemente para atender a las necesidades de la comunidad en materia de información, investigación y crítica. Este interés es el único que puede justificar un plazo de protección disminuido en relación con otros escritos. En alguna oportunidad se ha cuestionado el carácter de obra de una simple comunicación comercial, pero ello es ajeno a su carácter de correspondencia epistolar”³⁸.

Otros ordenamientos conceden un plazo mucho más prolongado, v.gr., el costarricense, el de 70 años, por expresa remisión del artículo 10 al artículo 58, ambos de la ley sobre derecho de autor; el dominicano, el de 50 años, según lo dispuesto en el artículo 50 de la ley sobre la materia; y el colombiano el de 80 años, conforme con el artículo 85, párrafo primero, de la ley sobre derecho de autor.

5 EL DERECHO DE ACCESO SOBRE EL EJEMPLAR RARO O ÚNICO DE LA CARTA O CORREO ELECTRÓNICO

Empero, el autor-remitente también tendrá, formando parte de las facultades dimanantes del derecho de autor, la de acceso al ejemplar único o raro,

por consanguinidad y la condición de herederos. Ahora bien, según esta interpretación la titularidad de la facultad de divulgación se compartiría en todo caso entre el cónyuge y los parientes consanguíneos llamados por ley a la sucesión, según el orden de prelación establecido para la sucesión ab intestato. Sin dudas, se trata de una formulación ampulosa, no aconsejable en una norma legal, al quedar sujeta a las diversas interpretaciones doctrinarias y judiciales, con riesgo para la seguridad jurídica.

38 VILLALBA Carlos A. y Delia LIPSZYC, El derecho de autor en la Argentina, Buenos Aires, La Ley, 2ª edición actualizada 2009, pp. 237-238.

como lo nombra la legislación española, aunque preferiblemente cabría hablarse de original o ejemplar único, con vocación universal de tutela a las distintas manifestaciones de las artes protegidas por el derecho de autor. Al darse sobre las cartas o correos electrónicos la escisión entre el *corpus mysticum* y el *corpus mechanicum*, lo cual “(t)iene influencia en todo el sistema de protección en la medida en que supone, por una parte, el reconocimiento del derecho de autor sobre la obra en tanto creación formal y del soporte físico que la incorpora, que puede estar en manos de terceros o incluso ser ya inexistente. Esto determina el régimen jurídico aplicable: el derecho de autor por una parte, y el de propiedad, por la otra”³⁹. Nos enseña ROGEL VIDE que “una cosa es el arquetipo —combinación ideal de palabras, notas musicales, colores, formas o imágenes—, contenido, bien inmaterial, y otra diferente el recipiente que lo contiene, continente, soporte material de un bien inmaterial, ya sea éste un prototipo único, ya un ejemplar concreto entre muchos otros ejemplares derivados o resultantes —con mayor o menor fidelidad— del prototipo en cuestión”⁴⁰.

El remitente de la carta o incluso del correo electrónico, tendrá el derecho de acceso a este, igual que el autor de una obra pictórica, en tanto el soporte físico de su creación intelectual esté ya sea en manos del destinatario, o de un tercero. Téngase en cuenta que ello aplica también para los correos electrónicos, dado que el mensaje enviado podría ser guardado por el destinatario en un soporte intangible. Por supuesto, hoy la importancia que desde el punto de visto literario e histórico se le concede a una carta, cede ante la informatización de la sociedad, dado que se tiende a poner menos empeño en una correspondencia electrónica que en una correspondencia epistolar postal, lo cual no desdice en modo alguno lo que he venido defendiendo en el sentido de la correspondencia electrónica, pues desde todo punto de vista, incluido el autoral, ha de ser equivalentemente protegida conforme con la misma tutela que recibe la correspondencia epistolar postal.

En consecuencia, nada ha de privar al autor de una carta o de un correo electrónico a acceder al ejemplar único de la obra u original⁴¹ para instrumentar sus facultades de contenido moral o incluso patrimonial⁴². Así, para tomarle fo-

39 BUITRAGO DÍAZ, Esperanza, “Corpus mysticum y corpus mechanicum”, consultado en <http://cerlalc.org/wp-content/uploads/2015/04/8.-Esperanza-Buitrago-D%C3%A9-Daz.pdf>, el 21 de febrero de 2016, p. 140.

40 ROGEL VIDE, Carlos, “El derecho de acceso del autor a su obra”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, octubre-diciembre, 2010, p. 696.

41 Según ROGEL VIDE, C., “El derecho de acceso...”, cit., p. 697, “hablar de ejemplar único de la obra es un tanto impreciso, siendo mejor hacerlo de prototipo, original, soporte material a que está incorporada la creación intelectual; se habla de ejemplares, en efecto, cuando el prototipo se ha repetido, mediante diversas técnicas, en libros, discos o carteles, dando lugar a una pluralidad de objetos, aunque estos, posteriormente y por distintas razones, puedan disminuir y hacerse raros”.

42 El propio ROGEL VIDE, C., “El derecho de acceso...”, cit., p. 704, explica que “Es

tografías a las cartas a los fines de exhibirlas en la portada del libro que publicará sobre tal correspondencia, a salvo, por supuesto, el derecho a la intimidad del destinatario, o para anexarlas en facsímil en el texto del libro, o para editar postales, o para consultar el contenido exacto de lo expresado en dichas cartas, de no tener una copia de estas. En fin, el derecho de acceso le permite al autor la defensa de la obra, a partir del ejercicio de las facultades de contenido moral, o a explotarla, a partir de aquellas de contenido patrimonial de las que es titular.

Sin que sea la intención de este artículo adentrarnos en la naturaleza moral⁴³ o patrimonial del derecho de acceso del autor al original o ejemplar único de su obra, prefiero tomar partido por la corriente que lo ubica como un derecho instrumental, esto es, un derecho cuya finalidad no se agota en sí misma, sino que está en función del ejercicio de las facultades morales o patrimoniales de las que está dotado el autor⁴⁴. De este modo, para que el autor-remitente pueda acceder al original o ejemplar único de la carta que un día le remitiera al destinatario, ha de cumplir con los siguientes requisitos o presupuestos, a saber:

1º. El soporte material debe pertenecer a un tercero que ostenta la propiedad o la posesión sobre él, o sea, ya sea el titular del soporte en que se transmitió la comunicación epistolar (carta), es decir, el destinatario, o aquel a quien este se lo haya confiado temporalmente, ostentando la posesión de ella, caso de un depositario, o que la tenga por concepto de un contrato de exposición (supuesto de un museo)⁴⁵, o aquel a quien le haya transmitido la titularidad (inter vivos - posible, también, que el acceso se pretenda respecto de cartas remitidas por el destinatario a otra persona, en cuyo poder están, constándome que Goethe quiso acceder, sin éxito, a las cartas que había escrito a Schiller y estaban en poder de la esposa de éste último, con afán de publicarlas”.

43 Entre los derechos de naturaleza moral lo incluyen las leyes reguladoras del derecho de autor en Brasil (artículo 24.7) Ecuador (artículo 18 d)) y España (artículo 14.7). En otras, en cambio se regula en un precepto independiente de aquellos que enuncian los derechos morales o los patrimoniales, así en las leyes autorales de Nicaragua (artículo 35), Guatemala (artículo 37) y Panamá (artículo 34).

44 ROGEL VIDE, que se afilia al criterio del legislador español de considerarlo un derecho moral, no deja de calificarlo, sin embargo como “un derecho, una facultad instrumental, que no tiene sentido en sí misma, pues no se trata, con él, de lograr la mera contemplación de la obra contenida en un ejemplar único o raro, sino de acceder a dicha obra como paso previo para ejercitar otros derechos morales correspondientes al autor —o sus causahabientes, llegado el caso— o, si se tercia y aunque ello haya sido discutido, derechos o facultades patrimoniales que no hayan sido transferidas al poseedor del ejemplar en cuestión”. Vid. ROGEL VIDE, C., “El derecho de acceso...”, cit., p. 698.

45 El derecho se ejercita respecto del original “cuando se encuentre legítimamente en poder de otro u otros” (artículo 24, fracción VII de la ley brasilera), “cuando se halle en poder de otro” (artículo 25, primer párrafo, de la ley nicaragüense y artículo 14.7 de la ley española), en el supuesto en que “se encuentre en posesión de un tercero” (artículo 18 d) de la ley ecuatoriana), frente “al propietario de la obra” (artículo 37 de la ley guatemalteca), “al propietario del ejemplar único de la obra” (artículo 34 de la ley panameña),

por ejemplo porque ha comprado las cartas, las ha recibido por donación, o por permuta o por dación en pago-, o mortis causa, ya sea a título de herencia o de legado).

2º. Ha de demostrarse la necesidad del ejercicio del derecho de acceso, a su vez, como vía de ejercicio ulterior de las facultades morales o patrimoniales de las que es titular el autor, así la facultad de divulgación de la obra epistolar, a través de la publicación concreta, salvo el carácter confidencial que tenga la carta, y siempre que se proteja la intimidad del destinatario, previo consenso de éste, o para asegurar la integridad de la misma (como ejemplo de las facultades morales)⁴⁶.

3º. Debe realizarse en la forma que convenga a los intereses de ambos⁴⁷: En principio, salvo pacto, establecido en otro orden, es el autor, en este caso el remitente, quien debe desplazarse hacia el lugar sobre se encuentren las cartas⁴⁸, al “propietario o (...) poseedor de un ejemplar de la obra” (artículo 14.1 de la ley suiza), al “poseedor del original o de una copia de su obra” (artículo 25.1 de la ley alemana que como dato curioso regula el derecho de acceso no solo al original, sino también a la copia), al “legítimo poseedor del ejemplar en cuestión” (artículo 7 de la Resolución No. 5/2002 de 14 de enero, del Ministro de Cultura de Cuba que establece las normas relativas a los derechos de autor, de los autores de las obras de las artes visuales). Como se constata las leyes que regulan el derecho de acceso no siempre hacen especial referencia a que este pueda ejercitarse frente a terceros, distintos del propietario, como la lógica y la propia naturaleza del derecho indica.

46 En las leyes que regulan el derecho de acceso, si bien ninguna lo hace expresamente respecto de las cartas, aplicado en genérico, y pensado en las obras plásticas, se suele admitir el derecho de acceso no solo para el ejercicio de la facultad de divulgación, sino también de otras de contenido moral o de aquellas de naturaleza patrimonial. Así, el artículo 14.7 de la ley española, alude a que el autor necesite ejercitar cualquier otro derecho que le corresponda, razón por la cual sería admisible ya se trate de uno de contenido moral, como de uno de contenido patrimonial. Idéntica posición asume el artículo 25, primer párrafo, de la Ley de Nicaragua y el artículo 18 d) de la ley ecuatoriana. En el artículo 37 de la Ley de Guatemala se deja claro que el derecho de acceso se ejercita por el autor “siempre que ello sea necesario para el ejercicio de sus derechos morales o patrimoniales”, regulación explícita que también tiene el artículo 34 de la ley autoral de Panamá y el artículo 22 de la Ley de Venezuela, al igual que el artículo 7 de la Resolución No. 5/2002 del Ministro de Cultura de Cuba ya referenciada.

47 Así se pronuncian expresamente, tanto la ley panameña (artículo 34) como la venezolana (artículo 32). Con el mismo tenor se pronuncia el artículo 7 de la citada Resolución No. 5/2002 de Cuba.

48 Apunta ROGEL VIDE, C., “El derecho de acceso...”, cit., pp. 707-708, que “... será el mismo poseedor quien designe el lugar, el momento y la forma del acceso.” Por cuanto al lugar respecta, parece que el más cómodo para él será aquél en que la cosa se encuentra, salvo que el poseedor prefiera propiciar el acceso en un lugar ‘ad hoc’ distinto.

”Por lo que a la forma respecta, cabría propiciar el acceso mediante reproducciones fidedignas del ejemplar de la obra poseído, lo cual no impediría al autor oponerse a ello, alegando que la ley le da el derecho de acceder al ejemplar mismo, lo cual —por otra par-

por supuesto en este caso, la posibilidad de causar alguna lesión a la obra, es menor que en las obras plásticas, por su propia naturaleza física, el derecho del autor es el de acceder a una obra, causando el menor perjuicio posible para quien tenga la tenencia o para su propietario “*en el lugar y forma que ocasionen menos inconvenientes al poseedor, al que se indemnizará, en su caso, por los daños y perjuicios*”⁴⁹, por ello y en principio, en el supuesto que haya sido ejercitado este derecho ante un órgano jurisdiccional, será función del juez convocar a las partes para que de manera conciliada pueda el autor ejercerlo. Caso contrario, deberá ser el propio juez quien dicte las pautas que habrán de regir su ejercicio.

Como expone TRIANA LÓPEZ, “el debido respeto al derecho de propiedad demanda (...) que deba ejercitarse el derecho comentado en el lugar y forma que provoquen menos inconvenientes al poseedor y además debe indemnizarse por los posibles daños y perjuicios que su ejercicio pueda ocasionar”⁵⁰.

6 LA PROPIEDAD ORDINARIA SOBRE LA CARTA

Si el remitente es el autor y titular del derecho de autor sobre el contenido de la carta, corresponde al destinatario, desde que llega a su buzón, la propiedad sobre el soporte de la carta⁵¹. Este particular respecto del cual hay consenso

te y en la mayoría de las ocasiones— es imprescindible para el ejercicio de los derechos correspondientes al autor”.

49 Tal y como ha quedado regulado en alguna ley autoral, como la de Nicaragua de 1999 en su artículo 25, segundo párrafo.

50 TRIANA LÓPEZ, Beatriz, “Reflejo de las especiales características de la obra plástica en la sucesión mortis causa del derecho de autor, en Anuario de la Facultad de Derecho, Universidad de Extremadura, vol. XXVII, 2009, p. 399.

51 En la doctrina argentina COLOMBO, L. A., “Comentario sobre las cartas...”, cit., pp.2-3, desarrolla las distintas tesis que desde la doctrina se han manejado tradicionalmente sobre la propiedad de las cartas, asumiendo él una posición ecléctica, a partir de la naturaleza misma de la carta que se envía. Al decir de COLOMBO: “La carta pertenecerá a quien la remite o a quien la reciba, según sea su naturaleza: ordinaria, de negocios, científica, literaria, confidencial. No es posible, por eso, establecer una pauta única, que las abarque a todas; en cada caso habrá que tener en cuenta la actitud o designio del remitente y el propio contenido de la correspondencia.

”Dentro de esta orientación se estima, generalmente, que es preciso hacer dos grandes grupos. En uno de ellos estarían comprendidas las misivas que por su índole encierran, más que el deseo de transmitir noticias, la expresión calificada de una posición personal, como ocurre, por ejemplo, con las comunicaciones relacionadas con el desarrollo de una investigación científica. En el otro grupo habría que incluir las cartas que no presentan un carácter semejante, esto es, las que revisten un carácter común y corriente.

”Nosotros nos decidimos por este último sistema, pues a su elasticidad aúna la conveniencia práctica que de él deriva. Introducimosle, sin embargo, una ligera variante, que se concreta en la finalidad perseguida por el remitente, la cual debe emanar de los mismos términos de la pieza enviada y no de elementos extraños o exteriores a ella. Creemos que

doctrinario, se torna interesante al transitar la correspondencia postal a la correspondencia electrónica. Es cierto que el remitente se puede quedar con una copia de la carta, pero la original, que fue la remitida, la que permitió el diálogo entre ellos será propiedad del destinatario, pero en la era tecnológica, es difícil hablar de un original y de una copia de un mensaje electrónico. Enviado el mensaje, puede y de hecho cabe que el destinatario decida almacenar dicho mensaje, pues es el titular del soporte no tangible en el que se contiene el correo remitido desde un servidor (el del remitente) hacia otro servidor (el del destinatario), utilizándose para ello la dirección IP.

Desde este ángulo, conforme con las reglas del Common Law, el principio mencionado de que el destinatario de una carta tiene derecho de propiedad sobre el soporte físico de la carta, mientras que el autor tiene derechos sobre lo expresado en la carta ha sido indeclinable. Este principio sugiere que el destinatario del email es propietario del archivo digital que constituye el email recibido. Por ello puede ejercitar su dominio sobre el email, preservarlo, destruirlo, o transferirlo siempre que no haga copias. Asimismo, el destinatario puede mover físicamente el archivo a otra locación, y además mostrar el email a terceros sin violar los derechos de propiedad del que envía el email. Finalmente, el Common Law sugiere que las personas que reciben el email por error no tienen derechos de propiedad sobre el archivo, se les considera como quien ha hallado propiedad extraviada y están obligados a destruirlo cuando el autor del email así se los exija .

Se sostiene que “La carta escrita en papel es una cosa mueble, y por lo tanto propiedad del remitente, hasta tanto sea entregada al destinatario. Una vez recibida, es propiedad del destinatario. No obstante, una vez en poder del destinatario, el remitente tiene la propiedad ‘intelectual’ del texto (...) Sucede lo mismo en el texto transmitido electrónicamente donde su autor es el propietario intelectual de dicha comunicación” “la carta pertenecerá a quien la reciba, según sea su naturaleza: ordinaria, de negocios, científica, literaria, confidencial. No es posible por eso establecer una pauta única que las abarque a todas pues en cada caso habrá de tenerse en cuenta la actitud o designio del remitente y el propio contenido de la correspondencia. En ese orden de ideas debe agregarse a esta interpretación más elástica la finalidad perseguida por el remitente, la cual debe emanar de los mismos términos de la pieza enviada y no de elementos extraños o exteriores a ella” . PAU PEDRÓN también reconoce la confluencia en materia de cartas de la propiedad ordinaria sobre el soporte que compete al remitente, y de la propiedad intelectual sobre la obra científica, literaria o artística sobre su contenido , criterio también asumido por CASTÁN VÁZQUEZ .

En fin, se hace “necesario delinear los poderes del destinatario. Él es propietario de la carta, dada su naturaleza de cosa corporal, por tanto cuando la obra

es esa finalidad la que debe servir de guía para establecer a quién pertenece la carta, pues aun en casos de producción científica y literaria es posible que exista el deseo de que ella pase a pertenecer definitivamente al destinatario”.

del intelecto se encuentre materializada en un único ejemplar, no parece que se pueda atribuir al autor un pleno poder sobre la propia obra, poder que debe convivir con los que ostenta el destinatario”. El Derecho debe tener especial atención para ello, para evitar las tensiones que puedan derivarse entre la propiedad intelectual del remitente y la ordinaria del destinatario.

Como apunta ROGEL VIDE, refiriéndose a la obra plástica, aplicable, mutatis mutandi a las cartas “Respecto del contenido, el autor es titular de derechos, patrimoniales y morales, integrados en la propiedad intelectual que versa sobre el mismo. El continente, en sí mismo considerado, es una cosa material, mueble, objeto de propiedad ordinaria susceptible de tráfico, que puede ser transmitida, por el autor, a un tercero, que deviene propietario de la misma.

”En el caso dicho, cabe que el titular del derecho de propiedad -intelectual- sobre el contenido difiera del titular del derecho de propiedad -ordinaria- sobre el continente” .

Algunas leyes autorales han regulado expresamente que la propiedad de las cartas o de la correspondencia epistolar corresponde al destinatario, quien no tiene en cambio, la facultad de divulgación de estas, a salvo, su utilización como medios de pruebas en procesos judiciales o administrativos (vid. artículo 10 de la Ley sobre derecho de autor y derechos conexos de Costa Rica, artículo 49 de la Ley sobre derecho de autor de la República Dominicana, artículo 84 de la Ley sobre derecho de autor de Colombia, y según se establece en las dos últimas leyes citadas, previa autorización del funcionario competente), o en defensa de su persona o de sus intereses (vid. artículo 13 de la Ley de derecho de autor de Guatemala y artículo 19 de la Ley de Propiedad Intelectual de El Salvador)⁵². En el Derecho italiano, la ley autoral deja explícito en su artículo 94 que:

“Il consenso indicato all’articolo precedente non è necessario quando la conoscenza dello scritto è richiesta ai fini di un giudizio civile o penale o per esigenza di difesa dell’onore o della reputazione personale o familiare”.

7 TENSIONES ENTRE LOS DERECHOS DEL AUTOR O REMITENTE, EL DERECHO DE PROPIEDAD SOBRE EL SOPORTE FÍSICO O INMATERIAL DE LA CORRESPONDENCIA DEL DESTINATARIO Y EL DERECHO A LA INTIMIDAD DE UNO Y OTRO E INCLUSO DE TERCEROS

Si bien - tal y como se ha expuesto en estas páginas -, la facultad de divulgación del contenido de una carta, que tenga valor literario, artístico o científico, compete a su autor, no es pacífica en la doctrina si ello es posible en todo caso, pues la tensión entre las normas que protegen la propiedad intelectual pudieran entrar en colisión con aquellas que protegen esa esfera intocable de la persona que es la intimidad. Ello, teniendo en cuenta que los pensamientos, ideas, confesiones, contenidos en las cartas no solo pueden trascender para el destinatario sino también respecto de terceros, distintos al remitente y al destinatario.

⁵² No obstante, estas últimas leyes, en sus respectivos preceptos, a diferencia de las otras, no dejan explícito que la propiedad de las cartas sea del destinatario.

El límite que tienden a imponer las leyes autorales que regulan explícitamente la protección de las cartas como objeto del derecho de autor a los fines de su publicación, es que no atente contra la intimidad del destinatario. En tal sentido se apunta que el carácter confidencial de la carta es razón suficiente para prohibir su publicación, a menos que el destinatario lo acepte. Al comentar el artículo 93, párrafo primero, de la ley italiana de derecho de autor NAZZARO sostiene que “(e)n cuanto a la confidencialidad expresada en el artículo 93 parece que se deba referir a dos aspectos, uno objetivo (contenido) que constituye el sustrato necesario del segundo, subjetivo (espíritu de confidencialidad). En otros términos, para que una misiva pueda ser reputada como sujeta a las limitaciones del artículo 93 parece necesario que presente un contenido objetivamente confidencial. El contenido permite distinguir entre la correspondencia de carácter objetivamente confidencial y la que tiene un contenido público. Para esta última no existen posibles limitaciones a la disponibilidad legal por el carácter subjetivamente confidencial”. Empero, ¿la confidencialidad depende de la voluntad del remitente o del contenido mismo de la carta o del correo electrónico? ¿Qué debe prevalecer? ¿Qué importa más, la decisión del remitente sobre la no publicación de la carta, o lo que pueda inferirse de lo escrito?

Por ello, si bien el destinatario es el propietario de la carta enviada, si esta por su contenido tiene carácter reservado o confidencial, para su uso, se requerirá la conformidad de ambos (remitente y destinatario). La sola remisión de una carta al destinatario, aun cuando haga a este, titular de la propiedad ordinaria sobre su soporte, no le habilita para su divulgación.

Las posiciones en la doctrina suelen ser disímiles en este orden. Entre los argentinos GRISPO defiende la idea de que “el autor de la correspondencia (ya sea escrita en ‘tinta y papel’, como electrónicamente por email o mensaje de texto en sus formas más amplias), es libre para determinar tanto su contenido, como los alcances del mismo, con lo cual esa libertad en la creación del contenido es extendida a la caracterización de confidencial en su consideración más amplia, sea que dicha característica se desprenda expresa o implícitamente del texto mismo, o bien de una declaración formal escrita al pie de la firma (ej. los avisos de confidencialidad existentes usualmente debajo de la firma de los correos electrónicos). De otra manera, se estaría violentando el principio de la libertad de contenido que tiene este tipo de comunicaciones (...)”. De este modo, sigue sosteniendo el autor citado que “si el creador y emisor de una carta, en su conceptualización más amplia (escrita, electrónica o mensaje de texto) dispone que sea privada, entre dos o más personas (por oposición a pública en cuanto al libre acceso a su contenido), puede libremente ‘calificar’ de confidencial a la misma en cualquier parte de su contenido. Al inicio, o bien con firma automática al pie de la carta. Pensamos que es un error determinar solamente la confidencialidad en base al texto mismo de la carta, pues si su autor intelectual dispuso libremente tal caracterización (a condición de que sea clara y expresa) en cualquier parte

del texto, la misiva deberá necesariamente ser considerada confidencial a los efectos que venimos analizando” . En la doctrina italiana expresa NAZZARO que: “En el ámbito del bien correspondencia y siempre que exista un contenido objetivamente reservado se debe inhibir la circulación. Este espíritu de reserva o intimidad privada se encuentra remarcado por la voluntad implícita o explícita del autor de mantener reservados sus datos contenidos en la carta deducible del propio contexto epistolar. Tal voluntad debe derivarse de la letra misma de la carta y no parece que el carácter de la confidencialidad subjetiva pueda ser integrado con manifestaciones externas o incluso que no se desprenda del contenido de la misiva. La rigidez del criterio de valoración viene atemperada por la posibilidad de deducir la voluntad de reserva incluso en ausencia de una indicación explícita, buscando implícitamente la intención del autor de la interpretación del contenido o por el ‘tono’ de la misiva” .

En relación con la propiedad intelectual del correo electrónico, quien lo redactó y envió, conserva el derecho sobre su contenido, de modo tal que la divulgación de su texto sólo puede hacerse con el asentimiento del remitente. Hoy día el cambio de paradigmas en la correspondencia epistolar, no afecta en modo alguno el argumento de la protección de la privacidad de la correspondencia, el cual sigue en pie. Hoy, v.gr., ese argumento es especialmente importante en los Estados Unidos, dado lo común que se ha hecho la práctica de los destinatarios de los emails de explotar la privacidad del autor. La base de dicho argumento es el derecho a la primera publicación reconocido en los principios del Common Law. Este derecho permite al que envía un email, decidir si da a conocer lo expresado en él a otras personas que no son el destinatario. Solo el autor puede decidir si copiar y distribuir lo expresado en un email. Si lo hace, a menudo poniendo copia a otras personas, se entiende que ha renunciado a su derecho. Si no lo hace, el destinatario no puede reenviar el email. Esta protección admite muy pocas excepciones.

En contraste con el derecho de primera publicación que tiene el autor, el destinatario tiene la propiedad sobre el archivo físico del email. Esta protección deriva del antiguo principio de reconocer propietario sobre la carta a su destinatario. Ello implica que el destinatario puede transferir el archivo a terceros, bien mediante un dispositivo de almacenamiento, o dando acceso al archivo a través de un servicio web. El destinatario puede también imprimir y mostrar el email en cualquier lugar.

Si bien en los Estados Unidos la Copyright Act se propone proveer al autor de un derecho a la primera publicación, este derecho no protege la privacidad, vista la doctrina del fair use. La Corte Suprema inicialmente intentó extender la protección de la legislación federal a la privacidad en las obras no publicadas, pero el Congreso reformó la Ley para impedir el intento de la Corte. La ley sobre derechos de autor no protege la privacidad. Sin embargo, la ausencia de protección federal a la privacidad no es fatal para los intereses privados del autor. La

cláusula de patentes y derecho de autor de la Constitución norteamericana requiere que la Ley tenga un propósito utilitario, lo cual es mutuamente excluyente con un propósito que proteja la privacidad individual. Por ello, el derecho de primera publicación regulado en la Ley federal no puede ser interpretado como excluyente de la protección que el Common Law dispensa a la privacidad.

El argumento normativo para sostener la dualidad de sistemas de protección (Common Law y Ley federal) es simple. Los dos sistemas son necesarios porque el propósito de la Ley federal de derecho de autor (utilidad pública general) impide la realización de la protección del interés individual en la privacidad. Dicha privacidad merece ser protegida, porque fomenta la creatividad, la honestidad y la eficiencia en las comunicaciones. La convivencia de los dos sistemas es pragmáticamente posible: los autores seleccionarán el que mejor les acomode: ganancias comerciales, o privacidad, basados en los remedios que ambos sistemas ofrecen. Para que los emails sean lo más claros y creativos posibles, la privacidad de su contenido debe ser reconocida. Las leyes sobre derecho de autor deben proteger la privacidad de los emails .

Se trata de proteger la privacidad del contenido de la correspondencia epistolar en razón de su contenido, sin conculcar el derecho del remitente o autor a publicar la carta. Hay que buscar un justo equilibrio entre la compensación que le reporta al autor en el ámbito espiritual la publicación de la carta, y el debido respeto a la esfera íntima del destinatario, “de igual modo que el destinatario está obligado al respeto de la reserva personal en relación con el autor, así éste también está obligado al mismo respeto frente al destinatario; este autor, a su vez, no puede proceder a la publicación o divulgación de la carta sin el consentimiento del destinatario y, aunque tenga memoria o conserve copia de lo escrito, no debe aprovecharlo para una abusiva publicación (...) Acertado parece este enfoque; la difusión del contenido de la carta podría atentar a la intimidad e integridad moral del destinatario, quien tiene también derecho a la reserva digno de protección” .

Los conflictos que pueden derivarse respecto de la publicación o no de las cartas, en manos de terceros ajenos al autor, suelen tener diversos matices. Como dice PAU PEDRÓN: “En el caso de la carta, como obra literaria, las cosas se complican, porque la carta es la única obra literaria íntima, íntima para el que la recibe, y el dueño de ella no está en la misma situación que el titular de un cuadro o una escultura. La intimidad es un límite infranqueable. El destinatario de la carta, por muy literaria que sean los términos en que ésta se exprese, puede oponerse a que se difunda” .

Hoy día los medios de comunicación que siempre han estado al acecho de la vida privada de las personas públicas, dignatarios, escritores, músicos, deportistas y artistas afamados, entre otros, suelen publicar noticias sobre estas que constituyen una verdadera injerencia en la intimidad personal o en la intimidad familiar. En ocasiones, la divulgación ilegítima del contenido de las cartas privadas o confidenciales es expresión palpable de tal intromisión. Las cartas se

subastan, sin importar la decisión del autor de publicarla o no. Se pretende darle a estas el tratamiento jurídico de cualquier otro bien que está en el comercio. Resulta ilícito incluso que el destinatario de una carta, sin la autorización del autor, las enajene por cualquier concepto, pues con ello está permitiendo que terceros ajenos al autor y al destinatario accedan al contenido de un documento netamente confidencial, cuya privacidad ha de reservarse a toda costa, en fin, “el derecho a la privacidad de la correspondencia, reconocido constitucionalmente, debe ser resguardado de modo que nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias ya se trate de correo postal o electrónico”. Aun siendo el destinatario, propietario de la carta o del correo electrónico (*corpus mechanicum*), está en juego el secreto de la correspondencia, la intimidad del autor, quien con su envío al destinatario no está renunciando en modo alguno a la confidencialidad, ni por supuesto a la autoría y titularidad de la obra del ingenio contenida en ella, cuando así resultare. Nuevamente me apoyo en CASTÁN VÁZQUEZ cuando haciendo alusión a la confluencia de varios intereses o derechos legítimos atendibles en el tema de la correspondencia epistolar, y concretamente de las cartas, dice que “El derecho al secreto protege contra toda violación de la reserva. Atentará, pues, contra aquel derecho, en primer lugar, la publicación no autorizada de la carta. Atentará también (...), la divulgación, aun sin publicación, del contenido de aquella. Y atentará, finalmente, toda toma de conocimiento del escrito llevada a cabo, sin autorización, por persona que no esté legítimamente facultada para tener acceso a la correspondencia”.

Mientras escribo este artículo varias páginas web, diarios nacionales y redes sociales dan noticia de la comunicación epistolar (350 cartas) que durante décadas (1973-2005) mantuvo el cardenal polaco Karol Wojtyła, devenido después en el Papa Juan Pablo II con la filósofa norteamericana de origen polaco, Anna-Teresa Tymieniecka, esposa de Hendrik Houthakker, un reconocido economista de Harvard.

Las cartas fueron compradas por una cifra millonaria por la Biblioteca Nacional de Polonia en 2008 a la filósofa polaco-estadounidense (si bien algunos medios expresan que fueron “legadas” por la destinataria de las misivas) y en tal concepto planea publicarlas en los próximos años. La noticia fue divulgada por la BBC, que utilizó cartas y fotografías para realizar el documental *Las cartas secretas del papa Juan Pablo II*, sin dudas con mal ánimo, sugiriendo en los cintillos de las noticias, la existencia de una amistad íntima entre el entonces Pontífice Máximo de la Iglesia Católica y la filósofa, llegando incluso a decir que en la medida en que fue avanzando la correspondencia el tono de las epístolas fue más íntimo, y que Tymieniecka se enamoró del cardenal Wojtyła en los primeros años de su amistad. Amén de la fuente de divulgación, lo cual no es dubitable que lo haya sido la BBC – nada casual por cierto-, y que se refiera la noticia a intentar poner en duda el celibato de San Juan Pablo II, desde el punto de vista jurídico, son variadas y con distintos matices las interrogantes a formularnos ¿Estaba ha-

bilitada Tymieniecka para enajenar las cartas, y con ello para dar a conocer su contenido, sin la autorización del autor, o de quienes estarían legitimados dada la muerte del Pontífice? ¿Eran confidenciales las cartas? En caso de serlo, como tal parece que así eran ¿Está legitimada la Biblioteca Nacional de Polonia para divulgarlas sin la autorización hoy día de los herederos del remitente y de la destinataria o al menos para permitir el acceso a su contenido a la BBC? ¿La enajenación del corpus mechanicum por la destinataria de las cartas supone también la permisión a divulgar e incluso publicar las cartas? ¿La sola enajenación conlleva la renuncia al derecho a la reserva o a la intimidad del remitente o de la destinataria? ¿Y la tutela a la propiedad intelectual? ¿Deberían ser protegidas desde esta perspectiva las cartas de Juan Pablo II? ¿Acaso el fallecido Pontífice autorizó en algún momento la publicación de dichas cartas? ¿No era él el autor y titular de las cartas? Sin dudas, se trata de una intromisión ilegítima en la vida privada del que fuera Papa de la Iglesia Católica y una de las personas más influyentes en el mapa político mundial del siglo XX. Nuevamente el tema epistolario pone en tensión varios derechos que confluyen en una misma situación. No parece que estemos en la situación a que hace referencia NAZZARO en el Derecho italiano en el sentido de lograr la adecuación del derecho a la privacidad y el poder de divulgación. Téngase en cuenta que en el caso el poder de divulgación lo tendrían los herederos del Pontífice o aquella persona natural o jurídica que este hubiere legitimado para ejercitar las facultades morales que como autor le corresponde en aquellas misivas que clasifiquen por su creatividad como obras literarias, de contenido epistolar. Tratándose de quien fuera Papa de la Iglesia Católica, canonizado desde 2014, divulgar cartas en las que se pretenden darle un sentido, distinto al que el Pontífice pudo haberle dado, dando a entender cierta intimidad entre el Pontífice y la filósofa, puede calificarse como divulgación con sentido de denigrar la imagen pública del hoy Santo, aun cuando en las cartas solo se refleje la visión humana del Papa. Como arguye la profesora italiana citada habría que impedir la divulgación de noticias objetivamente denigrantes o falsas, que prevalecerá ante el interés de la divulgación, “(e)stas consideraciones adquieren mayor vigor cuando el remitente es un personaje público, caso en el que se configura un derecho a la información de los terceros, como consecuencia de la notoriedad del autor de la carta. A los fines de la composición del conflicto asume relevancia la utilidad social de la noticia que funge como presupuesto para la legitimidad de la divulgación” .

8 NOTAS FINALES

Nada, las cartas siguen siendo hoy día noticia, la propiedad ordinaria, la propiedad intelectual y el derecho a la intimidad son las variables a despejar en una difícil ecuación jurídico-social derivada de los conflictos suscitados por la negativa del remitente o la del destinatario a su divulgación, motivados en gran medida por el derecho a la intimidad que pudiera resultar lesionado. La facultad de publicación de aquellas cartas que tienen valor literario, inherente al autor-re-

mitente, tiene que conciliarse necesariamente con la anuencia del destinatario a los fines de evitar transgredir la intimidad cuando en la carta se revelen datos que afectan la esfera íntima de uno u otro sujeto, protagonistas de la comunicación, sea postal, o sea electrónica, a tono con los nuevos tiempos. En todo caso, al tratarse de la esfera íntima o privada de una persona, no trasciende el valor literario de la carta, de modo que la intimidad de la persona ha de ser atendida en primer orden, así se trate incluso de una carta ordinaria en relación con la cual no hay protección del derecho de autor, de modo que no será atendible conforme a Derecho la decisión del destinatario de divulgarla o publicarla, so pretexto de que el remitente no ostenta derecho alguno desde las normas autorales. Al proteger la intimidad personal el Derecho no hace sino proteger también la dignidad de la persona, fundamento ontológico de su propia existencia.

BIBLIOGRAFÍA

I. Fuentes doctrinales:

BERTOLDI De FOURCADE, María Virginia y Patricio Stein. “**Derecho a la intimidad, correspondencia electrónica y proceso de familia**”, en DJ 05 de marzo de 2008, 529 - DJ2008-I, 529, cita online: AR/DOC/363/2008.

BUITRAGO DÍAZ, Esperanza. “**Corpus mysticum y corpus mechanicum**”, consultado en <http://cerlalc.org/wp-content/uploads/2015/04/8.-Esperanza-Buitrago-D%C3%ADaz.pdf>, el 21 de febrero de 2016.

CASTÁN VÁZQUEZ, José María. “**El derecho al secreto a la correspondencia epistolar**”, en Anuario de Derecho Civil, tomo XIII, fascículo I, enero-marzo 1960.

COLOMBO, Leonardo A. “**Comentario sobre las cartas misivas**”, en Páginas de ayer, 2004-3 29 de abril de 2004, 27, cita online: AR/DOC/1099/2004.

CORTÉS IBÁÑEZ, Emilia. “**El epistolario, espejo de la infrahistoria**”, en Zenobia Camprubí y la Edad de Plata de la cultura española, bajo la coordinación de la propia autora, Universidad Internacional de Andalucía, 2010.

DELLACQUA, Mabel y María Cecilia Faccenda. “**Cartas post mortem y comunicaciones electrónicas ante la intimidad**”, en La Ley, 5 de febrero de 2008, La Ley 2008-A, 1042, cita on line, AR/DOC/3557/2007.

GALLI, Enrique V. “**Estudio jurídico de la correspondencia**”, en La Ley online, cita online: AR/DOC/5917/2010.

GARFIELD, Simon. Postdata. **Curiosa historia de la correspondencia**, en <http://www.infobae.com/2015/04/11/1721579-la-historia-la-correspondencia-un-erudito-y-fascinante-libro>, consultada el 17 de febrero de 2016.

GRISPO, Jorge Daniel. “**Correspondencia, e-mail y mensajes de texto en el nuevo Código**”, en La Ley, 13 de octubre de 2015, La Ley 2015-E, 1243, cita online: AR/DOC/2964/2015.

MOEREMANS, Daniel E. y Manuel Gonzalo Casas, “**Protección del e-mail como extensión del derecho a la intimidad**”, en La Ley, 21 de agosto de 2007, 1 - LA LEY2007-E, 740, cita online: AR/DOC/2527/2007.

NAZZARO, Anna Carla. “**I potteri dispositivi sulla la corrispondenza tra ri-**

servatezza e diritto d'autore", Rassegna di diritto civile 1/2000/Pareri.

PAU PEDRÓN, Antonio. “**¿De quién son las cartas?**”, en Anales de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, No. 38, Madrid, 2008;

ROGEL VIDE, Carlos. “**El derecho de acceso del autor a su obra**”, en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, octubre-diciembre, 2010; “VI. Exposición pública de obras plásticas”, en Estudios completos de propiedad intelectual, de su propia autoría, vol. IV, Reus, Madrid, 2013.

ROLLERI, Gabriel G. “**La confidencialidad de las cartas post mortem**”, en DJ de 16 de abril de 2008, 977 - DJ2008-I, 977, cita online: AR/DOC/362/2008; “The Impermeable Life: Unsolicited Communications in the Marketplace of Ideas Source”, Harvard Law Review, Vol. 118, No. 4 (Feb., 2005), pp. 1314-1338; Published by: Harvard Law Review Association Stable, URL: <http://www.jstor.org/stable/4093381>, accessed: 04-02-2016.

TRIANA LÓPEZ, Beatriz. “**Reflejo de las especiales características de la obra plástica en la sucesión mortis causa del derecho de autor**”, en Anuario de la Facultad de Derecho, Universidad de Extremadura, vol. XXVII, 2009.
Villal CARLOS A. y Delia Lipszyc, El derecho de autor en la Argentina, Buenos Aires, La Ley, 2ª edición actualizada 2009.

II. Fuentes legales:

Ley No. 11723 de Propiedad Intelectual de Argentina, modificada por la Ley No. 25036/98, publicada en el Boletín Oficial de 11 de noviembre de 1998, en <http://www.une.unt.edu.ar/Archivos/1-ley11723.pdf>, consultada el 16 de febrero de 2016.

Ley No. 23 /1982, de 28 de enero, sobre derechos de autor, de Colombia, en, <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=3431>, consultada el 19 de febrero de 2016.

Resolución No. 5/2002 de 14 de enero, del Ministro de Cultura de Cuba que establece las normas relativas a los derechos de autor, de los autores de las obras de las artes visuales, en www.min.cult.cu/legislación/documentos/res5.html, consultada el 20 de febrero de 2016.

Ley de Propiedad Intelectual de Ecuador, de 27 de marzo de 1998, Registro Oficial, No. 320.

Decreto Legislativo No. 604, de 15 de julio de 1993, Ley que protege y regula la

propiedad intelectual y artística, de El Salvador, publicado en el Diario Oficial, No. 150, tomo 320, el 16 de agosto de 1983.

Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, de España, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia, BOE, No. 97, de 22 de abril de 1996, BOE-A-1996-8930.

Decreto No. 33/1998, Ley de derecho de autor y de derechos conexos, de Guatemala, en http://mcd.gob.gt/wp-content/uploads/2013/07/ley_derechos_de_autor_conexos_01.pdf, consultada el 18 de febrero de 2016.

Legge, n. 633, 22 aprile 1941, Legge a protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio, Gazzetta Ufficiale del 16 luglio 1941, n. 166.

Ley No. 312/1999, de 22 de agosto, de derecho de autor y derechos conexos de Nicaragua, en <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/ni/ni001es.pdf>, consultada el 17 de febrero de 2016.

Ley No. 15/1994, de 8 de agosto, por la cual se aprueba la Ley sobre el derecho de autor y derechos conexos y se dictan otras disposiciones, de Panamá, en https://www.coloriuris.net/_media/es:panama.pdf, consultada el 18 de febrero de 2016.

Ley No. 1328/1998, de 27 de agosto, de derecho de autor y derechos conexos de Paraguay, en http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=129428, consultada el 17 de febrero de 2016.

Ley No 65/00, de 26 de julio, de derecho de autor, de República Dominicana, https://www.aduanas.gob.do/descargas/files/leyes/relacionadas/65-00_Sobre_Derecho_de_Autor.pdf, consultada el 17 de febrero de 2016.

Ley sobre el derecho de autor de Venezuela, de 14 de agosto de 1993, en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, No. 4638, extraordinario, de 1 de octubre de 1993.

III. Otras publicaciones:

Diario El Confidencial, del 15 de febrero de 2016, en http://www.elconfidencial.com/mundo/2016-02-15/las-cartas-de-amor-platonico-de-juan-pablo-ii_1152275/, consultada el 16 de febrero de 2016.

Diario El Clarín, Buenos Aires, Argentina, de 16 de febrero de 2016, en <http://>

www.clarin.com/sociedad/Revuelo-intimas-Juan-Pablo-II_0_1523248091.html, consultada el 16 de febrero de 2016.

Diario, 24 horas, de Chile, de 16 de febrero de 2016, en, <http://www.24horas.cl/internacional/cartas-secretas-revelan-intensa-amistad-entre-juan-pablo-ii-y-una-mujer-1932190>, consultado el 16 de febrero de 2016.

Diario La Nación, también de Argentina, del propio 16 de febrero de 2016, en <http://www.lanacion.com.ar/1871369-polemica-por-unas-cartas-de-juan-pablo-ii>, consultado el 16 de febrero de 2016.

Data de Submissão: 01/05/2016

Data de Aprovação: 01/06/2016

O NOVO CPC COMO INSTRUMENTO LEGAL DA DEMOCRATIZAÇÃO DO PROCESSO¹

Adalberto Narciso Hommerding²

Francisco José Borges Motta³

RESUMO: Não há razões para se atribuir apenas ao juiz, e não aos demais sujeitos processuais, a responsabilidade pela construção da teoria que, do ponto de vista democrático, melhor resolva o caso judicializado. No âmbito dos tribunais, todos têm – em especial, os destinatários do provimento jurisdicional - de argumentar em favor de direitos e, portanto, principiologicamente. A legitimidade democrática do processo tem no Novo CPC, fruto da política legislativa, sua condição legal e normativa de possibilidade.

PALAVRAS-CHAVE: Democracia. Novo Código de Processo Civil. Políticas. Princípios.

ABSTRACT: There is no reason to attribute only to the judge, and not the other procedural subjects, responsible for the construction of the theory that, from a democratic point of view, better solve the judicialized case. In the courts, all have - in particular, addressed the jurisdictional provision - to argue in favor of rights and therefore logically principle. The democratic legitimacy of the process has the New CPC, the result of legislative policy, their legal status and rules of possibility.

KEY-WORDS: Democracy. New Civil Procedure Code. Policies. Principles.

1 O presente texto é resultado das pesquisas desenvolvidas no curso de Mestrado da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI -, campus de Santo Ângelo/RS, na disciplina de Políticas Legislativas e Diversidade, lecionada pelo autor Adalberto Narciso Hommerding, e no curso de Mestrado da Faculdade Escola Superior do Ministério Público, na disciplina de Garantias Processuais dos Bens Públicos Indisponíveis, ministrada pelo autor Francisco José Borges Motta.

2 Pós-Doutor em Direito pela Universidad de Alicante, España (2012); Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS (2005); Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC (2001); Magistrado na Comarca de Santa Rosa/RS; Professor de Graduação, Pós-graduação e Mestrado na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, campus de Santo Ângelo-RS.

3 Mestre e Doutor em Direito Público (UNISINOS). Professor da Faculdade de Direito da Escola Superior do Ministério Público (graduação e mestrado). Promotor de Justiça no Estado do Rio Grande do Sul.

Contavam os gregos⁴ que Éride, personificação da Discórdia, encontrou um dia os deuses reunidos para celebrar uma boda e lhes pregou uma peça: atirou no meio deles uma maçã de ouro que levava a inscrição “para a mais bela”. Obviamente, por questão de gênero, não estava destinada nem a Ares, Deus da guerra, e nem a Hefesto, Deus do fogo. Havia três deusas: Atena, divindade da sabedoria; Hera, a sofrida esposa de Zeus; e Afrodite, representação mitológica do amor e da beleza. Afrodite considerava que a maçã era para ela por direito divino, mas as outras duas não quiseram dar o braço a torcer e nem sua imagem menosprezar. A assembleia dos deuses não soube ou não quis resolver o conflito, e Zeus, que não queria assumir o problema nem se arriscar a novas brigas conjugais, mandou que as deusas se dirigissem ao monte Ida, onde habitava o belo Paris, semideus que exercia a profissão de pastor, muito prestigiada na época. E lá se foram as deusas, mas não se limitaram a requerer um juízo segundo o critério de beleza de Paris. Não. Cada uma delas tentou subornar Paris prometendo-lhe as dádivas que estavam no seu divino alcance. Hera ofereceu-lhe todo o continente asiático; Atena, a prudência e a vitória em todos os combates; Afrodite, por sua parte, prometeu-lhe o amor de Helena, esposa do rei de Micenas, a mulher mais bela do mundo. Paris, levado pela paixão de sua juventude, deixou-se subornar por Afrodite. Talvez com isso tenha feito justiça, ainda que independentemente dos seus motivos. Mas isso não se sabe. Não há nem fotografias das deusas e também não faltariam partidários de cada uma delas. O que é seguro, porém, é que, tendo Afrodite cumprido sua palavra, ajudando Paris a seduzir Helena, as outras duas aproveitaram o despeito do rei Menelau para fazer “arder” Tróia. E Paris, receoso de participar no combate, terminou morto por uma flecha. Sua antiga namorada, uma ninfa que sabia de medicina, negou-se a ajudá-lo. Deve ter dito, provavelmente: “que te cure Helena”!

Da mitologia, diz Ricardo Guibourg, podemos extrair alguns ensinamentos. Um, que, quando o direito depende de uma decisão subjetiva, nem os deuses são capazes de apreciá-lo com certeza, e a discórdia permanece. Outra, que, quando se encontra alguém disposto a tomar a decisão, nem sempre os argumentos que influem sobre ele são igualmente plausíveis. Uma terceira, que a sentença raras vezes fica isenta de toda suspeita. E a quarta, que a administração da justiça, qualquer que seja a correção de suas decisões, jamais sai impune da ira dos poderosos. Pois bem: o que a mitologia, em especial o conto acima ilustrado, tem a ver com o novo CPC? Tudo. É que o novo código parece ter se inspirado no relato mitológico acima referido. E por isso representa uma possibilidade normativa de combate ao subjetivismo judicial à moda Paris, digamos assim, e à “corrupção oficial”, expressão esta utilizada por Ronald Dworkin ao fazer alusão aos benefícios de uma prática coerente e íntegra do Direito, não concordante com decisões corrompedoras da coerência e integridade da prática jurídica. Esse combate, pois,

4 Veja-se o relato acima em GUIBOURG, Ricardo A. *Saber derecho*. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2013, p. XI-XII.

é o que fortalecerá, no âmbito do processo, a democracia, vista aqui, no âmbito da jurisdição, como possibilidade de participação das partes na elaboração do seu direito. Alguns percalços, porém, apresentam-se. Para que possamos compreender isso, necessitamos rever alguns velhos conceitos, em especial os de processo e jurisdição.

A ideia de processo como “instrumento” da jurisdição para realização do direito material há tempos vem despertando críticas. Não é pra menos. Faz tempo saímos do paradigma do Estado Liberal de Direito. É bem verdade, por outro lado, que o Estado Social de Direito, consistente no progresso histórico do Estado de Direito rumo a um Estado de cunho social, interventor, realizador de direitos fundamentais sociais, que se fez sentir sobretudo na Europa, não se realizou no Brasil. Caminhamos, porém, desde 1988, com a Constituição, para o implemento do Estado Democrático de Direito, ideia regulativa da forma de fazer política e direito em nosso país. A jurisdição e o processo, no entanto, parecem ter ficado no meio do caminho, numa situação bem nebulosa. Ou seja: no Brasil, não temos nem processo e jurisdição de Estado Liberal; nem processo e jurisdição de Estado Social; nem processo e jurisdição de Estado Democrático. Dito de outro modo, na onda de uma prática processual e jurisdicional neoliberal, não sabemos mais onde pisamos: em tempos de Estado Democrático de Direito, trabalhamos com a noção de processo como instrumento da jurisdição, à moda do Estado Social de Direito, em que a decisão judicial passa a ser fruto do que pensa o juiz, e não do que é debatido pelas partes. Há explicações históricas para o fenômeno. Socorro-me aqui de Nicola Picardi que, na apresentação da obra de Dierle Nunes⁵, traça breve panorama sobre a evolução do processualismo, desde a fase pré-liberal até a fase da socialização processual. Noutro trabalho⁶, reprisamos parte do estudo de Picardi. Aqui, reduziremos ao máximo a explanação histórica, passando a tratar do problema a partir do chamado liberalismo processual, deixando de fora a fase pré-liberal e a do neoliberalismo processual (esta última, também, bastante influente no Brasil).

A Revolução Francesa, como se sabe, estabelece as bases para o Liberalismo processual. O processo assim fundado é, então, um processo da ordem estatal liberal: o Estado se preocupa com a defesa da ordem e dos direitos de primeira geração; a legislação processual se baseia em princípios técnico-liberais, como a igualdade formal dos cidadãos e o princípio dispositivo; o juiz cumpre papel passivo, devendo observar o princípio dispositivo. Esse, em termos bem gerais e sucintos, o quadro do liberalismo processual.

Por que isso muda? A razão é simples. O modo de ver a jurisdição como

5 NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008.

6 Consulte-se: MOTTA, Francisco José Borges; HOMMERDING, Adalberto Narciso. O que é um modelo democrático de processo? In: *Revista do Ministério Público do RS*. Porto Alegre, n. 73, jan. 2013 – abr. 2013, p. 183-206.

atividade de um juiz passivo levou a uma degeneração do processo, que, então, passou a ser visto como um “jogo” em que o juiz quase não exerce papel algum. E esse jogo, verdadeira guerra, sempre prejudicava uma das partes: a menos favorecida (economicamente). É nesse momento que passa a germinar, pois, o movimento da socialização processual que, consciente dos problemas do liberalismo processual – em especial o da igualdade meramente formal –, passa a defender, em contraposição, o reforço dos poderes do juiz e o necessário enfraquecimento do papel das partes.

Autores como Anton Menger⁷ viram, assim, que o modelo de processo do liberalismo processual, caracterizado pela passividade judicial, privilegiava os ricos em detrimento dos mais pobres. O que fazer, então? Reforçar o papel do juiz que deveria, então, assumir, no plano extraprocessual, o papel de “educador” dos cidadãos e, no plano endoprocessual, o de “representante” dos pobres. Estavam criadas, com isso, as condições propícias ao desenvolvimento do socialismo processual que teve na Ordenança Processual Civil do Império Austro-húngaro, de 1895, a primeira legislação socializadora do processo. Essa codificação, obra de Franz Klein – que fora aluno de Menger e fora nomeado secretário do Ministério da Justiça em 1891 –, estruturou um modelo técnico de procedimento oral com o reforço dos poderes do juiz que, assim, poderia participar ativamente no que diz com o “acertamento” dos fatos. O processo aqui passa a ganhar relevante significado político, econômico e social: é uma instituição estatal de bem-estar social.

No âmbito do Direito alemão, mais ou menos na mesma época, surge uma linha teórica que, segundo os historiadores do processo, constitui a origem da autonomia do Direito Processual Civil: o processualismo científico de Oskar von Bülow. Bülow publica, em 1868, “A teoria das exceções processuais e dos pressupostos processuais”. Em síntese, o processo, para Bülow, deve ser visto como uma relação jurídica pública e contínua⁸. Essa relação desenvolve-se passo a passo, tendo seu lastro na figura do juiz. É nítida aqui a defesa de um protagonismo judicial que, mais tarde, em 1885, em “Lei e Magistratura”, obra também publicada pelo jurista alemão, ficaria escancarada. Nesta obra, Bülow viria propor a aplicação livre e subjetiva do direito pelos juízes.

Então, até aí, temos o seguinte: processo e jurisdição de Estado Social. Quais suas características? Processo social, com enfraquecimento da participação das partes e acentuação do protagonismo judicial; jurisdição como atividade do juiz, como poder do juiz de dizer o direito, passando o processo a ser mero ins-

7 MENGER, Antonio. *El Derecho Civil y Los Pobres*. Buenos Aires: Editorial Atalaya, 1947.

8 No original: “Se trata en el proceso de la función de los oficiales públicos y desde que, también, a las partes se las toma cuenta únicamente en el aspecto de su vinculación y cooperación con la actividad judicial”. BÜLOW, Oskar Von. *La Teoría de las Excepciones Procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964, p. 2.

trumento para o exercício de tal atividade. O resultado disso tudo é: não interessa para a decisão judicial o que as partes debatem, mas o que está na consciência do juiz. O modelo social, então, também degingolou, gerando o enfraquecimento do papel dos demais sujeitos processuais, subsidiando, com isso, o modelo solipsista de aplicação do Direito: o direito passa a ser aquilo que os juízes dizem que é.

A teoria de Bülow, bem ou mal, influencia a teoria do Direito Processual até hoje; vem até os nossos dias. Mas será que ela oferece condições mínimas para que possamos enfrentar o problema da legitimidade/validade do Direito no Estado Democrático de Direito? Antecipamos a resposta: não. A explicação não é difícil. Veja-se que o processo é uma garantia contra o exercício ilegítimo de poderes públicos e privados. Tem por finalidade controlar provimentos emanados dos agentes políticos, garantindo assim a legitimidade democrática de tais decisões. E isso se aplica não só no Judiciário, mas nos âmbitos administrativo e legislativo. Ora, se assim é, como poderemos conceber que, em tempos de Estado Democrático de Direito, a legitimidade da decisão estará na “cabeça” do magistrado, e não no debate instituído discursivamente pelas partes, sujeitos interessados do processo? Eis o problema.

A solução de Bülow é, pois, um paradoxo, como bem aponta André Cordeiro Leal⁹: Bülow tenta aumentar o poder do Estado, deixando mais livre o juiz, buscando combater o formalismo processual da época (sobretudo da Escola Histórica do Direito). Assim, o controle do direito passa a ficar vinculado ao juiz, e não às partes. Claro! Para Bülow o processo não é um meio de controle da atividade dos juízes. São estes que fazem o “controle social”, e não a legislação ou os sujeitos parciais do processo. O processo, assim, é uma técnica de atuação dos juízes para reforçar as convicções nacionais alemãs e legitimar o Estado Social. A pergunta, então, que não quer calar é a que se repete, agora com outras palavras: como continuar adotando Bülow no paradigma do Estado Democrático de Direito, que não é o Estado Social e que é caracterizado por uma legitimidade democrática decisória, oriunda da participação do cidadão para a realização do seu direito? A pergunta se responde por si: não é possível. Agora, o que isso tem a ver com o novo CPC? Tudo.

A partir daqui queremos propor uma leitura, uma interpretação do novo CPC sob a sua “melhor luz”, como diria Ronald Dworkin¹⁰. O novo CPC, como se sabe, é fruto de uma ampla discussão doutrinária. Alguns juristas, de um lado, fizeram vencedoras suas propostas; outros, de outro, as suas, e assim por diante. O Código, assim, não tem como agradar em tudo a todos. Mas pode, e deve, ser interpretado na sua melhor luz. E essa interpretação, pensamos, permite compa-

9 Consulte-se: LEAL, André Cordeiro. Instrumentalidade do Processo em Crise. Belo Horizonte: Mandamentos, Faculdade de Ciências Humanas, FUMEC, 2008.

10 Ver: DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

tibilizar posturas aparentemente inconciliáveis. Falamos aqui das posturas procedimentalistas e substancialistas.

Sem dúvidas, Jürgen Habermas¹¹, um dos maiores sociólogos vivos do nosso tempo, em crítica ao Tribunal Constitucional alemão, soube ver muito bem o problema de legitimidade gerado pelas decisões judiciais filiadas à Jurisprudência dos Valores. Como é que os juízes da Corte Constitucional podem substituir a Política e os cidadãos na produção e interpretação do seu direito? É legítima tal postura?

Para Habermas, que é um dos expoentes da corrente aqui chamada de procedimentalista, são os procedimentos que garantem a participação dos indivíduos na elaboração de uma cultura política comum. Assim é que os cidadãos podem responder ativamente pela produção e interpretação de seu próprio direito. E isso ocorre porque a sociedade atual é multicultural. Sendo multicultural, não há como estabelecer um pacto acerca de valores éticos substantivos. A Constituição, nesse sentido, não pode, então, ser vista como uma ordem de valores que impõe formas de vida a priori. Habermas crê que a moralidade do Direito, a racionalidade do Direito, a autonomia do Direito, decorrem da existência de procedimentos instituídos para a autorregulação, para o autocontrole da fundamentação do Direito de acordo com esses padrões morais de racionalidade. A legitimidade do Direito está, pois, na sua procedimentalização. Não está na positivação de exigências morais de racionalização na Constituição; não está no conteúdo das normas de Direito, mas nos procedimentos que possibilitam a abertura de possibilidades argumentativas.

A corrente substancialista – que, no Brasil, tem como um dos seus defensores Lenio Luiz Streck¹², fortemente influenciado pela doutrina do Direito como integridade de Ronald Dworkin –, põe em relevo o papel do intérprete e dos princípios como instituidores das regras e introdutores da moral prática no Direito. Nesse sentido, a Constituição não é tratada tão-somente como uma garantia para que o jogo político ocorra dentro da lei – como quer Habermas –, mas como um instrumento legal que detém as condições de possibilidade para a transformação da sociedade. Claro que isso não é feito às custas da Política, devendo os juízes decidir com coerência e integridade, reconstruindo, em cada decisão, princípios de moralidade política a partir de uma tradição político-jurídica determinada. Para tal vertente, o procedimento por si só não legitima o provimento jurisdicional. Há necessidade de argumentos de princípio.

Ambas as posturas, a nosso ver, são conciliáveis. Há “complementaridade” entre ambas, e não oposição. Princípios têm caráter deontológico; normas jurídicas possuem conteúdo moral; o procedimento possibilita o fluxo comunica-

11 Consulte-se: HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I.

12 Consulte-se: STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

tivo e a elaboração do direito pelas partes. Mas isso não significa que a validade jurídica não dependa também dos argumentos de princípio. É nesse sentido que o processo, não mais visto como instrumento da jurisdição, mas como um instrumento de controle da jurisdição, que dá atenção tanto ao procedimento como ao conteúdo, deve tentar harmonizar a garantia de acesso a uma ordem principiologicamente coerente, justa, íntegra, viabilizando a participação. É isso que fará com que as partes atuem decisivamente para a construção do provimento jurisdicional. O NCPC, nesse sentido, passa a ser o instrumento legal para a democratização do processo. Por quê? Porque, lidas sob a sua melhor luz, algumas das inovações trazidas pelo Novo Código de Processo Civil (por exemplo: boa parte do art. 489, que disciplina o dever de fundamentação das decisões judiciais, e do art. 926 e seguintes, normatizando o dever de coerência e integridade da jurisprudência dos tribunais), autorizam essa interpretação.

Com relação ao art. 489, veja-se que este gerou imensa discussão¹³ quando da elaboração do NCPC. Associações de juízes queriam que o artigo fosse vetado¹⁴, enquanto outros juristas defendiam sua manutenção¹⁵. Venceram em parte os segundos. Com razão, pensamos. O referido artigo, ao referendar o dever de fundamentação dos provimentos jurisdicionais, realmente passou a conjugar a necessidade de que as partes atuem efetivamente para a construção da decisão judicial - no que faz coro à teoria procedimentalista - com o acesso a uma ordem principiologicamente coerente e justa - no que se incorpora ao que defende a teoria substancialista. Isso porque, no momento em que a lei dispõe, por exemplo, que o provimento jurisdicional não se considerará fundamentado se não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador (caso do inciso IV do § 1º do art. 489), ou que o provimento judicial não se considerará fundamentado se empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso (caso do inciso II do mesmo parágrafo do mesmo artigo), nada mais fez o Código que conciliar ambas as vertentes, procedimentalista e substancialista. E isso é um ganho substancial para o processo, para as partes.

De igual forma, os artigos 926 e 927 do NCPC, ao exigir que os tribunais mantenham estável, coerente e íntegra sua jurisprudência, contribuem hermenêuticamente para o sistema processual, carente que é de uma formulação mais “robusta”¹⁶ do que seja um precedente e de qual deve ser o seu papel. Preceden-

13 Vide: <http://www.conjur.com.br/2015-mar-11/advogados-juizes-disputam-vetos-dilma-cpc>

14 É o caso da Associação dos Juizes Federais do Brasil (Ajufe), Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra).

15 São eles: Lenio Luiz Streck, Dierle Coelho Nunes, Rafael Tomaz de Oliveira Fredie Didier Jr., Alexandre Freitas Câmara, Ada Pellegrini Grinover, para ficar apenas com esses.

16 Cfe. THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo

tes, nos moldes como são aplicados em países de common law, não servem para “terminar a discussão”, mas como um ponto de partida, um dado do passado para a discussão do presente¹⁷. E isso nunca aconteceu no Brasil. A partir de agora, ao menos haverá algo como uma teoria sobre precedentes, incorporada no Novo Código de Processo Civil, que deve ser lida no seguinte sentido: o uso de um precedente apenas pode se dar fazendo-se comparação entre os casos – entre as hipóteses fáticas – de forma a que se possa aplicar o caso anterior ao novo. Por isso, como ensinam Theodoro Júnior, Dierle, Bahia e Pedron¹⁸, citando ensinamentos de Streck, Abboud¹⁹ e Ramires²⁰, no Brasil, além de Zenon Bankowski, Neil MacCormick e Robert Summers²¹, no Direito estrangeiro, “Devemos perceber (...) que qualquer enunciado jurisprudencial somente pode ser interpretado e aplicado levando-se em consideração os julgados que o formaram. Ele não surge do nada. Não há grau zero de interpretação. (...) sua aplicação deve se dar de modo discursivo, e não mecânico, levando-se a sério seus fundamentos (julgados que o formaram) e as potenciais identidades com o atual caso concreto. Nenhum país que leve minimamente a sério o Direito jurisprudencial pode permitir a criação e aplicação de súmulas e ementas mecanicamente. Assim, o valor do precedente (e do direito jurisprudencial como um todo) decorre da ausência do mencionado grau zero interpretativo, pois não constitui (nem deve ter pretensão para tanto) a primeira palavra (nem a última) sobre determinado tema, inserindo-se no (e incrementando) histórico institucional do direito, cujo DNA é refletido nas leis, nos princípios constitucionais, nos regulamentos e, também, nos precedentes. Essa metáfora do DNA pode ser traduzida nas noções de coerência e integridade do direito, em relação às quais os precedentes desempenham uma importante função, tanto nos sistemas tradicionalmente de common law como nos legicêntricos”.

Por isso, ainda, com Theodoro Júnior e os demais²², é possível afirmar que

Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. Novo CPC – Fundamentos e sistematização. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 339.

17 THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. Novo CPC – Fundamentos e sistematização. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 339.

18 THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. Novo CPC – Fundamentos e sistematização. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 339-340.

19 Ver: STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. O Que é Isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes? 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

20 Ver: RAMIRES, Maurício. Crítica à Aplicação de Precedentes no Direito Brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

21 Aqui remetemos o leitor a BANKOWSKI, Zenon et al. Rationales for precedente. In: SUMMERS, Robert; MACCORMICK, Neil. Interpreting precedents: a comparative study. Ashgate/Darmouth, Aldershot: Brookfield, Vt, 1997, p. 487.

22 THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. Novo CPC – Fundamentos e sistematização. 2. ed. rev.,

o NCPC fornece fundamentos normativos para o sistema de precedentes brasileiro; fundamentos que se consubstanciam nos princípios de comparticipação, coerência, integridade, estabilidade e da busca do resgate da efetiva colegialidade na sua formação, procurando evitar o retrabalho dos tribunais – que analisam mal e superficialmente os casos -, “induzindo que tenham que desencadear reanálises mediante a utilização de argumentos negligenciados na primeira análise, pelo equívoco da motivação formal”.

Dito de outro modo, o novo Código veio para desafiar a chamada “pseudo-colegialidade”, fenômeno justificado pela quantidade de processos nos tribunais e que ocorre quando as decisões, que deveriam ser efetivamente colegiadas, são proferidas monocraticamente pelo relator, “sem que haja real pacificação de entendimentos sobre o caso julgado, ou mesmo, de modo mais perverso, quando a decisão fruto de uma turma é, de fato, a decisão monocrática do relator na qual os demais julgadores do colegiado simplesmente chancelam com um superficial ‘de acordo’, que pode muitas vezes significar ‘não olhei, mas acho que concordo com o relator’”²³.

Por tudo isso é que entendemos que o Novo CPC terminou por endossar:

a) a ideia procedimentalista de que o procedimento é uma atividade de preparação de provimentos estatais, caracterizado por uma interconexão normativa entre os atos que o compõem, pela qual o cumprimento de uma norma de sequência é pressuposto da incidência de outra norma e da validade do ato nela previsto; e de que o processo é uma espécie de procedimento, caracterizado pela participação, na atividade de preparação, dos interessados, juntamente com o autor do próprio provimento; e isso de uma forma bastante específica, ou seja: em contraditório (no que cerra fileiras, para citar alguns doutrinadores, com autores do porte de Dierle Coelho e Marcelo Cattoni de Oliveira, a partir da tese de Fazzalari²⁴, desenvolvida por Aroldo Plínio Gonçalves);

b) a postura transcendente do contraditório (também procedimentalista), que ultrapassa, assim, a mera bilateralidade de audiência, reforçando a característica de garantia de participação efetiva de todos os interessados no processo de formação do provimento jurisdicional;

c) a ideia substancialista de que os contraditores devem problematizar a causa por meio de argumentos de princípio, que deverão ser efetivamente enfrentados na decisão judicial, de modo que esta espelhe não só uma teoria compartilhada entre os atores processuais, mas, substancialmente, uma teoria principiológicamente coerente com a integridade do Direito (no que faz fila à orientação dworkiniana acolhida por autores pátrios como Lenio Luiz Streck e Rafael To-

atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 340-341.

23 THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. Novo CPC – Fundamentos e sistematização. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 341.

24 FAZZALARI, Elio. Instituições de Direito Processual. Campinas: Bookseller, 2006

maz de Oliveira²⁵, além dos próprios subscritores deste texto);

d) a ideia hermenêutica e do Direito como Integridade de que decisões têm de ser fruto da intersubjetividade, do debate, e não da vontade do sujeito solipsista, no caso o juiz, alheio ao texto e à história institucional da comunidade jurídica reconstruída pelos argumentos de princípio. Nesse aspecto, uma noção adequada do que seja um precedente (atividade reconstrutiva do passado), noção que deve ser trabalhada diuturnamente pelos operadores do direito, tornará possível a outros juízes dar novo sentido ao texto (como preconiza a hermenêutica), podendo promover os chamados *distinguishing* ou o *overruling*, pois jamais um precedente será anunciado de forma completa e única, uma vez que novos contextos e situações (eventos) sempre abrirão o espaço compreensivo a propiciar uma nova hermenêutica pelas distinções e superações do precedente, refinando-o a partir das contribuições dos sujeitos processuais²⁶.

Esse endosso dado pelo NCPC, portanto, traduz-se na concretização legislativa do dever fundamental dos juízes de fundamentar as decisões judiciais em argumentos de princípio, e no dever dos tribunais de uniformizar sua jurisprudência, mantendo-a estável, íntegra e coerente, convertendo-se o código, pois, em instrumento legal da legitimidade democrática do processo. O primeiro desses deveres fundamentais, o contido no art. 489 – cuja normatividade antes mesmo da inovação legislativa em termos de legislação infraconstitucional já era de necessariamente se presumir diante da cláusula do devido processo legal prevista constitucionalmente –, agora vem previsto explicitamente no Código de Processo Civil, corroborando aquilo que Lenio Luiz Streck, no Brasil, na linha de Ronald Dworkin nos EUA, já defende há tempos: que há um direito fundamental a uma resposta adequada, a uma resposta correta. O dever fundamental de fundamentar as decisões é o correlato a tal direito. Simples, portanto.

Velho reclame da doutrina, em especial de autores do porte de um Ovídio Baptista da Silva²⁷, nosso Professor, de saudosa memória, o NCPC passou a regulamentar a responsabilidade política dos juízes, de quem a comunidade jurídica agora poderá cobrar com maior rigor a fundamentação coerente, íntegra e adequada aos casos submetidos à apreciação do Judiciário. Daí por que, a nosso sentir, não tinham razão as associações de magistrados que, na contramão do republicanismo e da democracia processual, defendiam a necessidade de veto a disposições como as do art. 489. O veto significaria um retrocesso, implicando

25 Consulte-se: OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

26 THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 346-347.

27 BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Jurisdição, Direito Material e Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

verdadeira crise republicana diante da possível e fatal “apropriação” do Código de Processo pelos juízes que, bem se sabe, não são os “donos” das regras procedimentais e substantivas do CPC.

Aliás, essa é uma das razões da denúncia feita por Dierle Nunes e Alexandre Bahia. Para Nunes e Bahia “Vivemos na sociedade brasileira uma crise de responsabilidade e solidariedade social, ou seja, uma crise de publicismo, pela cooptação do interesse público pelos atores que buscam representá-lo no âmbito estatal”. Nesse sentido é que a coisa pública, a res publica, no Brasil, vem sendo tratada privatisticamente, o que bem demonstra a ausência de um “habitus” (Bourdieu) republicano que, no âmbito do processo civil brasileiro, de acordo com Dierle e Alexandre, reflete-se no uso de ementas de julgados e súmulas sem qualquer reflexão e como âncoras facilitadores de julgamentos, cujo único sentido é “privado”, qual seja, o de otimizar numericamente o número de decisões. Assim, dizem estes autores, “Faz-se uso de súmulas e ‘precedentes’ sem a devida recuperação do(s) caso(s) paradigma(s), valendo-se apenas de ementas ou do pequeno texto das súmulas, como se uns e outros pudessem ter algum sentido sem aquilo (os casos) que lhes deram origem e se confundindo a ratio decidendi (fundamento determinante) com algum trecho da ementa ou do voto”²⁸.

Acreditamos, pois, que o NCPC consegue fornecer as bases normativas para que possamos lidar com ditas posturas, funcionando, assim, como um instrumento legal para legitimar democraticamente a decisão judicial, o que nada mais é do que legitimar democraticamente o processo. A decisão é consequência do processo. O processo “não é” sem a decisão. Assim é que é possível afirmar, por exemplo, no que diz com dispositivos legais como o art. 926 (que não define o que seja um precedente), que uma leitura hermenêutica, feita a partir da doutrina e da história institucional de outras comunidades onde é aplicado, isto é, a partir da tradição posta pelo próprio Direito, deve levar à ideia de que um precedente necessariamente decorre dos chamados “fundamentos determinantes”, buscados, portanto, na ratio decidendi, o elemento vinculante, justificador e padrão para a solução de casos futuros. Logo, o que importa não é os obiter dicta, mas as considerações que constituem o indispensável nexa causal jurídico entre o fato e a decisão²⁹.

Se agora, normativamente, a partir da entrada em vigência do NCPC, teremos a instituição dos precedentes na prática, não há por que continuarmos olhando o novo com os olhos do velho. Uma postura hermenêutica valoriza o caráter deontológico da lei. Lembremos que o intérprete fixa-se no texto que tem

28 NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Processo e república: uma relação necessária. In: Revista Brasileira de Direito Processual: RDBPro. Ano 22, n. 88 (out./dez. 2014). Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 275-281.

29 THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. Novo CPC – Fundamentos e sistematização. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 356.

algo para lhe dizer (Gadamer), e não o contrário. E, se conseguirmos colocar em prática a aplicação de precedentes – não mais como costumeiramente vemos resolvidos os casos em nosso cotidiano, ou seja, adjudicando ementas e julgados como se elas e eles contivessem em si mesmos a fundamentação dos casos -, o ganho para o sistema certamente será enorme, com preservação, cada vez mais, da autonomia do Direito.

A decisão judicial, nos quadros de um Estado Constitucional, é, portanto, uma questão de democracia. Assim, a decisão judicial deve ser justificada e construída democraticamente. Noutras palavras, há “padrões” que devem ser adotados pelo Poder Judiciário na construção de soluções qualitativamente legítimas e garantidoras da autonomia do Direito. Esses padrões envolvem a distinção que Ronald Dworkin traça entre argumentos de política e argumentos de princípio. Para Dworkin, “os argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo”; já os “argumentos de princípio justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo”³⁰.

Ambos os argumentos, em sentido amplo, são argumentos “políticos”. A distinção, porém, deixa mais sensível o fato de que há argumentos de princípio político (que recorrem aos direitos políticos de cidadãos individuais) e argumentos de procedimento político (que exigem que alguma decisão particular promova alguma concepção do bem-estar geral ou do interesse público)³¹. Assim, para Dworkin, um direito político é um objetivo político individuado³².

Daí por que, enquanto o princípio é um padrão que favorece um “direito”, a política é um padrão que estabelece uma “meta”. Dessa forma, os argumentos de princípio são argumentos em favor de um direito; os argumentos de política, por sua vez, são argumentos em favor de algum objetivo de cariz coletivo, geralmente relacionado ao bem comum. Dito de outro modo, “os argumentos de princípio são argumentos destinados a estabelecer um direito individual; os argumentos de política são argumentos destinados a estabelecer um objetivo coletivo;” ou, de forma mais direta: “os princípios são proposições que prescrevem direitos; as políticas são proposições que descrevem objetivos”³³.

A tese dworkiniana é a de que as decisões judiciais devem ser geradas por princípios, e não por políticas. Como, na égide do Constitucionalismo Contem-

30 DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 129.

31 DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 6.

32 DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 142.

33 DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 141.

porâneo (nome preferível ao neoconstitucionalismo³⁴), o Judiciário deve tomar decisões políticas importantes, há que se averiguar se os motivos que levam a fazê-lo são motivos adequados, inerentes a sua esfera de competência. Na visão de Dworkin o Poder Judiciário deve tomar decisões de princípio, decisões sobre quais direitos as pessoas têm sob determinado sistema constitucional (sempre tendo em conta o princípio básico de que o governo deve tratar as pessoas como iguais), e não decisões sobre como se promove o bem-estar geral³⁵.

Para Dworkin, portanto, um Estado Democrático somente encontrará justificativa moral e política se, por meio do Direito, vier a garantir igual consideração e respeito pelos seus cidadãos. E isso porque “democracia”, segundo Dworkin, implica a compreensão de que a maioria não deve ser sempre a juíza suprema de quando seu próprio poder deve ser limitado para se protegerem os direitos individuais. Dito de outro modo, o fato de as decisões coletivas serem sempre, ou normalmente, as decisões que a maioria dos cidadãos tomaria se fossem plenamente informados ou racionais não é nem uma meta nem uma definição da democracia. Na realidade, o objetivo da democracia tem de ser diferente: “que as decisões coletivas sejam tomadas por instituições políticas cuja estrutura, composição e modo de operação dediquem a todos os membros da comunidade, enquanto indivíduos, a mesma consideração e o mesmo respeito”³⁶. Mantém-se, assim, a necessidade de que as decisões políticas do dia-a-dia sejam tomadas por agentes políticos escolhidos nas eleições populares, mas estes procedimentos majoritários são requeridos “em virtude de uma preocupação com a igualdade dos cidadãos, e não por causa de um compromisso com as metas da soberania da maioria”³⁷.

Ao Poder Judiciário, pois, cabe a tarefa de zelar pelo caráter democrático de uma comunidade, notadamente, no que toca ao resguardo da igualdade de poder político. Um Estado assim constituído, tendo nos direitos seu centro gravitacional, encoraja cada indivíduo a supor que suas relações com outros cidadãos e com o próprio governo são questões de justiça. É para isso que se aposta num

34 O termo neoconstitucionalismo foi abandonado por Lenio Streck em detrimento da expressão Constitucionalismo Contemporâneo. A ideia é evitar mal-entendidos e ambiguidades teóricas, na medida em que o termo neoconstitucionalismo também vem sendo utilizado para albergar a institucionalização de uma recepção acrítica da Jurisprudência dos Valores no Brasil, da teoria da argumentação de Robert Alexy e do ativismo judicial norte-americano. Conferir, a propósito disso: STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 35-37.

35 DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 101.

36 DWORKIN, Ronald. O Direito da Liberdade: a Leitura Moral da Constituição Norte-Americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 24-6.

37 DWORKIN, Ronald. O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição Norte-Americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 24-26.

fórum independente, um fórum do princípio (até mesmo porque a justiça, no fim das contas, é uma questão de direito individual, e não, isoladamente, uma questão de bem público)³⁸.

É essa compreensão que deve ser transposta para o âmbito do processo jurisdicional, conformando a legitimidade da argumentação a ser desenvolvida pelos contraditores. Afinal de contas, as tarefas de “Hércules”, o metafórico juiz inventado por Dworkin para ilustração das bases da responsabilidade judicial - lembremos que Hércules aceita que as leis têm o poder geral de criar e extinguir direitos jurídicos, e que os juízes têm o dever geral de seguir as decisões anteriores de seu tribunal ou dos tribunais superiores cujo fundamento racional (rationale) aplica-se ao caso em juízo³⁹ -, devem ser distribuídas entre todos os envolvidos no cenário processual. Daí por que devemos cobrar não só do juiz, mas de todos os sujeitos processuais (necessariamente interessados no resultado do processo, a quem se assegura, pois, a participação), que levem os direitos a sério, que formulem teorias coerentes sobre a natureza desses direitos. E que argumentem, pois, em favor destes direitos, articulando argumentos de princípio.

Isso implica ter presente, como dito, a ideia de que há possibilidades de “respostas corretas” em Direito⁴⁰, compreendidas estas como aquelas que melhor resolvam, caso a caso, a dupla exigência de fazer com que a decisão se harmonize o melhor possível com a história institucional do Direito e, ao mesmo tempo, se justifique conforme a moral política da comunidade⁴¹. Nesse contexto, uma proposição é correta se faz parte da melhor justificativa que se pode oferecer para o conjunto de proposições jurídicas havidas como estabelecidas⁴².

Veja-se, em arremate, que, para Ronald Dworkin, há duas dimensões ao longo das quais se deve julgar se uma teoria fornece a melhor justificação dos dados jurídicos disponíveis: a dimensão da adequação e a dimensão da moralidade política (fit e value)⁴³. A dimensão da adequação supõe que uma dada teoria política seria uma justificativa tanto melhor do que outra na medida em que alguém

38 DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio, 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 38-39.

39 DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 165.

40 Consultar sobre o assunto, necessariamente: STRECK, Lenio Luiz. Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

41 ROCHA, Leonel Severo. Epistemologia Jurídica e Democracia. 2. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2003, p. 99.

42 Perceba-se, nesse ponto, a importância de se imbricar a tese dworkiniana da resposta correta com uma hermenêutica filosófica de perfil antirrelativista, como a proposta por Gadamer. Consultar no ponto: MOTTA, Francisco José Borges. Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 86-98.

43 DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 213.

que a sustentasse pudesse, a serviço dela, aplicar mais daquilo que está estabelecido do que alguém que justificasse a outra; já a segunda dimensão, a dimensão da moralidade política, supõe que, se as duas justificativas oferecem uma adequação igualmente boa aos dados jurídicos (o que é raro), uma delas, não obstante, oferece uma justificativa melhor do que a outra se for superior enquanto teoria política ou moral, isto é: se apreende melhor os direitos que as pessoas realmente têm. Nesse norte, o jusfilósofo norte-americano julga “extremamente improvável” que se demonstre que, num caso particular, em meio a um “sistema jurídico complexo e abrangente”, não houvesse nenhum argumento a favor de qualquer dos lados que pudesse ser considerado comparativamente mais forte, ou seja, que duas teses se ajustem igualmente bem ao “conteúdo jurídico relevante”⁴⁴.

Essas noções todas, a nosso ver, encontram, de algum modo, amparo no quadro normativo introduzido pelo NCPC.

Ao se analisar a perspectiva adotada pelo NCPC, ou seja, o rumo que tomou o código, em especial no que diz com o dever de fundamentação dos provimentos jurisdicionais e com o dever de os tribunais uniformizarem sua jurisprudência, mantendo-a estável, íntegra e coerente, é possível dizer, portanto, que os legisladores conseguiram entender a importância de não se dar ao código uma racionalidade pragmática tão-somente. E é graças a tal modo de compreender o caráter deontológico, normativo das leis processuais, e não meramente pragmático, instrumental, que, agora, na novel legislação, o conteúdo do debate processual, passa, com os princípios - princípios aqui entendidos no sentido pragmático-problemático⁴⁵-, a problematizar questões de “direitos e deveres”⁴⁶, e não sobre o “bem comum”, sobre o que é melhor para a comunidade como um todo, o que caberia à Política. Dito de outro modo, ao sufragar e especificar, detalhadamente, o dever fundamental de fundamentação dos provimentos jurisdicionais, o Código homenageia o direito do cidadão de obter do Estado-juiz uma resposta adequada, a mais correta possível – e que deve ser gerada por princípios, assegurando, assim, a legitimidade/validade do provimento. Afinal de contas, é o “seu” direito que está em juízo, e não qualquer direito. Como é o seu direito, também ele, cidadão, terá o direito de participar na formação do provimento, argumentando principiologicamente e cobrando do juiz o exame das suas razões, a consideração de suas razões (de princípio). Isso também ocorre no que diz com o dever de uniformização da jurisprudência e manutenção de sua estabilidade, coerência e integridade por partes dos tribunais.

44 DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 215.

45 Sobre o ponto ninguém melhor que: OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 86.

46 DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 76.

O NCPC, assim, pauta-se em ideias éticas justificadoras dos fins da nova legislação, tais como as da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade e da justiça. Sim, porque o dever de fundamentação dos provimentos jurisdicionais, agora legislado, decorre de direitos e princípios morais – dentre os quais o direito fundamental a uma resposta adequada, correta, preservadora da dignidade da pessoa humana, da isonomia, da equidade e justiça, dentre outros imperativos de moralidade, que passam a dar validade ao Código de Processo, preservando a democracia processual.

Essa, sem dúvida, é a forma de blindar o caráter democrático da comunidade, por uma questão de isonomia, não havendo, pois, como dito, nenhuma boa razão para se atribuir apenas ao juiz, e não aos demais sujeitos processuais, a responsabilidade pela construção da teoria que melhor resolva o caso judicializado. Ou seja, todos têm – em especial, os destinatários do provimento jurisdicional –, no âmbito dos tribunais, de argumentar em favor de direitos e, portanto, principiológicamente. Isso é, no limite, uma questão de autonomia e de autogoverno. A legitimidade democrática do processo estará aí, operando o CPC como sua condição legal e normativa de possibilidade. É assim que será possível controlar a subjetividade de Paris e impedir a ira das deusas e o desastre de Troia.

REFERÊNCIAS

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. **Jurisdição, Direito Material e Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BÜLOW, Oskar Von. **La Teoría de las Excepciones Procesales y los presupuestos procesales**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1964, p. 2.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade: a Leitura Moral da Constituição Norte-Americana**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Campinas: Bookseller, 2006

GUIBOURG, Ricardo A. **Saber derecho**. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2013, p. XI-XII.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I.

LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do Processo em Crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, Faculdade de Ciências Humanas, FUMEC, 2008.

MENGER, Antonio. **El Derecho Civil y Los Pobres**. Buenos Aires: Editorial Atalaya, 1947.

MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MOTTA, Francisco José Borges; HOMMERDING, Adalberto Narciso. **O que é um modelo democrático de processo?** In: Revista do Ministério Público do RS. Porto Alegre, n. 73, jan. 2013 – abr. 2013, p. 183-206.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático: uma análise**

se crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2008.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. **Processo e república: uma relação necessária.** In: Revista Brasileira de Direito Processual: RDBPro. Ano 22, n. 88 (out./dez. 2014). Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 275-281.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

RAMIRES, Maurício. **Crítica à Aplicação de Precedentes no Direito Brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia Jurídica e Democracia.** 2. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2003, p. 99.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio Luiz; ABBOD, Georges. **O Que é Isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

SUMMERS, Robert; MACCORMICK, Neil. **Interpreting precedents: a comparative study.** Ashgate/Darmouth, Aldershot: Brookfield, Vt, 1997, p. 487.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC – Fundamentos e sistematização.** 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

Data de Submissão: 01/05/2016

Data de Aprovação: 03/06/2016

DO GENUÍNO PRECEDENTE DO STARE DECISIS AO PRECEDENTE BRASILEIRO: OS FATORES HISTÓRICO, HERMENÊUTICO E DEMOCRÁTICO QUE OS DIFERENCIAM

Georges Abboud¹

RESUMO: Trata-se de artigo cuja finalidade é exclusivamente comparativa. O escopo é demonstrar que não devemos confundir o sistema de provimentos vinculantes do CPC-2015 com o sistema genuíno de precedentes do direito inglês. Essa diferenciação busca evitar sincretismos e permitir uma aplicação mais adequada do CPC-2015 aos princípios constitucionais.

PALAVRAS-CHAVES: Efeito Vinculante. Interpretação Judicial. Precedente.

ABSTRACT: This paper is merely comparative. Its aim is to demonstrate that one should not take the system of binding decisions of the new Brazilian Procedural Code of 2015 (CPC 2015) for the genuine system of precedents of the English Law. This differentiation aims to avoid syncretisms and allows for a more adequate application of the CPC 2015 regarding the constitutional principles.

KEYWORDS: Binding Effect. Judicial Interpretation. Precedent.

1 COLOCAÇÃO DO PROBLEMA: NÃO SE TRATA DE MERA DISTINÇÃO CONCEITUAL. NÃO É APENAS UMA CRÍTICA AO NCPC. DIFERENCIAÇÃO QUE BUSCA MITIGAR DANOS DE EVENTUAL APLICAÇÃO INCONSTITUCIONAL E ANTI-HERMENÊUTICA DO ART. 927 DO NCPC.

Há um perigoso equívoco em que incorre parcela de nossa doutrina ao tratar de precedente. Trata-se de pura equiparação do precedente do common law à jurisprudência vinculante brasileira.

O fato de o art. 927² do NCPC elencar diversos provimentos que passarão a

1 Advogado sócio no escritório “Nery Advogados”. Mestre e doutor em direitos difusos e coletivos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor do mestrado e doutorado da FADISP.

2 “Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II – os enunciados de súmula vinculante; III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V – a orientação

ser vinculantes, não podemos fazer a leitura equivocada de imaginar que a súmula, o acórdão que julga o IRDR ou oriundo de recurso (especial ou extraordinário repetitivo) são equiparáveis à categoria do genuíno precedente do common law.

O objetivo deste enxuto artigo não é realizar uma pormenorizada crítica dos riscos acerca da jurisprudência vinculante³. O escopo é tão somente elucidar e contribuir para não incorrerem em equivocada e inconstitucional aplicação do art. 927 NCPC.

Para tal desiderato, cremos ser fundamental a correta noção sobre o que é efetivamente um precedente genuíno do common law e a necessária compreensão do que é um provimento vinculante por disposição legal, e.g., súmula vinculante, acórdão paradigma etc.

Dentre as diversas diferenças entre o precedente do common law e o brasileiro elencamos três que consideramos essenciais para o tratamento do tema. Desse modo, faremos a exposição do fator histórico, hermenêutico e democrático que impedem a pura equiparação conceitual entre os dois modos-de-precedentes.

2 FATOR HISTÓRICO: OU AS RAZÕES PELAS QUAIS UM SISTEMA DE ‘STARE DECISIS’ NÃO SURGE DE UM DIA PRO OUTRO OU POR DETERMINAÇÃO LEGISLATIVA.

Como é cediço, a doutrina dos precedentes estruturou-se no final do século XVII, a partir de uma mudança no método filosófico que orientava o pensamento da época.

Essa mudança deve-se ao método experimental de Robert Boyle que se contrapôs ao cientificismo de Thomas Hobbes⁴.

A obra de Boyle influenciou a filosofia do direito de MATTHEW HALE, para a qual a validade dos princípios legais, tais como os princípios das ciências naturais, dependia da repetição e da verificação e validação dos membros da comunidade⁵.

Assim, afirma que, por muitos séculos, a lei no Ocidente desenvolvida historicamente com cada geração formando-se conscientemente na experiência de seus predecessores era um fato bem conhecido. Todavia, antes do século XVII, não tinha subido para o nível da teoria⁶.

do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. (...)”.

3 Sobre esse tema, ver: Georges ABOUD. *Discrecionabilidade Administrativa e Judicial*, SP: RT, 2014, n. 3.6.2, p. 388 et seq.

4 Harold J. BERMAN. *Law and Revolution II: the impact of the Protestant Reformations on the Western Legal Tradition*, London: Harvard University Press, 2003, n. 8, p. 265-269.

5 Matthew HALE. *The history of the common law of England*. 2. ed. Londres: John Walthoe, 1716. Prefácio.

6 “*For many centuries law in the West had developed historically, with each generation consciously building on the experience of its predecessors, was, of course, a well-known*

Esse processo se deu em decorrência da formação essencialmente prática do common law inglês, fato que assegurou a esse sistema uma característica peculiar relacionada a sua tradição histórica. Graças à atuação de juristas, como EDWARD COKE, JOHN SELDEN e MATTHEW HALE, configurou-se verdadeira dimensão filosófica para a história do common law inglês. Eles asseveravam que o precedente judicial deveria ocupar posição de fonte imediata do direito ao lado da equidade e da legislação. Por consequência, lançaram as premissas teóricas para a fundação da historical jurisprudence que ocupou a mesma posição da teoria do direito natural e do positivismo legalista⁷.

Para os citados autores, o direito, além do caráter moral, legal e político, possuía uma tradição histórica, cujo intuito era preservar e desenvolver a tradição do povo a quem pertence.

Sobre a questão, HAROLD BERMAN afirma que era pelo menos implícito que estes três aspectos da lei deveriam ser integrados e que os conflitos que inevitavelmente surgem entre os propósitos morais e políticos do direito podem, e devem, ser resolvidos no âmbito da história jurídica. Dessa forma, o direito, que poderia ser dito, é o equilíbrio da moralidade e da política à luz da história; é o equilíbrio da justiça e da ordem na experiência esclarecida⁸.

Com efeito, a forte influência da história na consolidação do common law, aliada à filosofia embasada no método de análise e síntese que exigia um exame casuístico para se alcançar as soluções legais, bem como a inexistência de um direito dogmatizado e científico ministrado em suas universidades, fez com que o common law se estruturasse com base na prática cotidiana do direito, e não a partir de doutrina ou da ciência do direito, como ocorreu com o civil law. Ou seja, o common Law, ao contrário do civil Law, não se originou cientificamente (do ponto de vista professoral), mas, sim, judicialmente, como prática judiciária⁹.

Nesse contexto, pode-se afirmar que o common law, mesmo antes do surgimento da doutrina dos precedentes ou do stare decisis, sempre embasou-se na casuística, vale dizer, na análise de prévias decisões judiciais para se alcançar o deslinde da demanda. Essas decisões prévias não constituíam verdadeiramente precedentes, mas exemplos do modo como o direito havia sido aplicado naqueles casos particulares.

fact. Prior to the seventeenth century, however; it had not risen to the level of theory". Harold J. BERMAN. Law and Revolution II, cit., n. 8, p. 269.

7 Harold J. BERMAN. Law and Revolution II, cit., n. 8, p. 269.

8 "It was at least implicit in their writing that these three purposes, or aspects, of law should be integrated, and, more particularly, that conflicts which inevitably arise between the moral and political purposes of law can and should be resolved in the context of legal history. Thus law, they might have said, is the balancing of morality and politics in the light of history; it is the balancing of justice and order in the light experience". Harold J. BERMAN. Law and Revolution II, cit., n. 8, p. 269.

9 Harold J. BERMAN. Law and Revolution II, cit., n. 9, p. 272.

3 FATOR HERMENÊUTICO: AS RAZÕES PELAS QUAIS NÃO HÁ NENHUM GANHO PARA A DEMOCRACIA EM SE SUPERAR O JUIZ-BOCA-DA-LEI PELO JUIZ-BOCA-DA-SÚMULA-OU-DE-QUALQUER-OUTRO-PROVIMENTO-VINCULANTE.

Atualmente, não se pode conceber o estudo e a aplicação direito sem a compreensão do paradigma pós-positivista, sob pena de se incorrer em equívocos do mais diversos, inclusive sobre o que seria um precedente ou de como devem ser utilizados os provimentos vinculantes já existentes em nosso sistema – bem como os previstos no NCP.

A criação do termo ‘pós-positivismo’ e a sistematização desse paradigma são oriundos da obra de FRIEDRICH MÜLLER, que constrói uma teoria do direito que não almeja se opor ao positivismo (daí ser pós e não anti positivista), mas complementá-lo, corrigindo os equívocos. Assim, podemos afirmar que o pós-positivismo tem dois grandes objetivos: a) carrear as conquistas e as inovações filosóficas advindas do giro-linguístico para o direito e b) sistematizar a teoria da norma atrelando a ao fenômeno decisório com o intuito de se superar a concepção de que decisão judicial seria mero ato de vontade ou uma operação mecânica de cariz silogístico.

De forma resumida, a obra de FRIEDRICH MÜLLER¹⁰ é fundamental para expor que a superação do positivismo (que nunca deve ser um fim em si mesmo) precisa passar ao menos pelos seguintes enfrentamentos: (i) a norma não pode mais ser reduzida ao seu texto; (ii) o ordenamento jurídico positivo sem lacunas é uma verdadeira ficção puramente artificial; (iii) a solução dos casos jurídicos não pode mais pretender ser realizada pelo silogismo, porquanto a decisão de cada caso deve ser estruturada e construída a partir dos dados linguísticos (programa da norma) e extralinguísticos (âmbito da norma), a fim de se alcançar a norma decisória do caso concreto (não há norma em abstrato – sem problema a se solucionar não há norma); (iv) em suma, o pensamento pós-positivista não pode mais partir de uma cisão ficcional entre o jurídico e a realidade, ou seja, o pós-positivismo supera e transcende a clássica distinção entre questão de fato e de direito.

Estando compreendidas as bases do pós-positivismo, torna-se, no mínimo, ficção - ou até mesmo ingenuidade -, imaginar que o recrudescimento de decisões com efeito vinculante, ou mecanismos que almejam a solução, por meio do efeito cascata, seriam a solução adequada para racionalizar a atividade do Judiciário.

Hodiernamente, apostar em decisões dos Tribunais com efeito vinculante consiste em realizar a mesma forma de aposta ingênua que foi feita na Revolução Francesa. Contudo, no passado, acreditava-se que a lei conteria a infinidade de solução dos casos. Atualmente, essa mística tem sido depositada nas decisões dos

10 Friedrich MÜLLER. Postpositivismo, Cantabria: Ediciones TGD, 2008, n. 3, p. 188-189.

tribunais superiores, a aposta é de que o STJ e o STF poderia criar superdecisões que, por si só, trariam a solução pronta (norma) para deslindar uma multiplicidade de casos.

O que outrora era creditado à lei, agora a crença deposita nas decisões dos Tribunais Superiores. O antigo juiz boca-fria-da-lei é substituído por um juiz-boca-fria-da-súmula ou ainda juiz-boca-fria-de-qualquer-provimento-vinculante-dos-tribunais-superiores. Qualquer um desses juízes incorre em equívocos hermenêutico e partilha a concepção de que é possível decidir os casos previamente em abstrato.

Nesse contexto, fica evidente a importância de se compreender o conceito pós-positivista de norma, para que se possa dar à lei e às decisões dos Tribunais Superiores o real poder que elas conseguem ter e nada além. Imaginar uma lei, um precedente ou uma decisão vinculante contendo a norma pronta em si para resolver diversos casos consiste em crença intolerável pelo pós-positivismo.

A norma não existe por si só porque precisa ser produzida em cada processo individual de decisão jurídica. Não há norma em abstrato, ou seja, ela nunca é ante casum. Vale dizer, ela somente pode ser compreendida quanto contraposta¹¹ em relação ao caso que ela pretende resolver a partir da perspectiva do intérprete¹².

4 FATOR DEMOCRÁTICO: AS RAZÕES PELAS QUAIS O GENUÍNO PRECEDENTE NÃO NASCE NUNCA COM ESSE STATUS. É A SUA ACEITAÇÃO E APLICAÇÃO PELAS INSTÂNCIAS INFERIORES DO JUDICIÁRIO QUE O TRANSFORMAM EM PRECEDENTE.

Em função da compreensão hermenêutica do tema, o precedente deve ser vislumbrado em dois níveis de análise: em um primeiro momento, o precedente é uma decisão de um Tribunal com aptidão a ser reproduzida-seguida pelos tribunais inferiores, entretanto, sua condição de precedente dependerá dele ser efetivamente seguido na resolução de casos análogos-similares¹³.

O mecanismo de decisão por precedentes é naturalmente e funcionalmente de caráter hermenêutico em razão de dois aspectos principais. O primeiro é porque a decisão por precedentes não se articula com textos pré-definidos, vale salientar: o precedente, e mais especificamente a *ratio decidendi*, não pode ser capturado e limitado por um texto, súmula etc, sob risco de deixar de ser *ratio decidendi*. O segundo aspecto é a necessária individualização do caso: a , a ser

11 Para uma análise da questão da oposicionalidade, ver: Günter FIGAL. Oposicionalidade: o elemento hermenêutico e a filosofia, Petrópolis: Vozes, 2007.

12 Luis-Quintín Villacorta MANCEBO. Estudo preliminar da obra, Postpositivismo, cit., n. 1, p. 11 e p. 13.

13 Confira-se a obra em conjunta com Lenio STRECK. O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes, cit., p. 42 et seq.

decidida por um precedente, não abarca previamente uma questão fática, o que torna necessária a demonstração da singularidade de cada caso, para que se evidencie a possibilidade ou não de submetê-lo à solução por precedentes.

Portanto, não há aplicação mecânica ou subsuntiva na solução dos casos mediante a utilização do precedente judicial. Do contrário, não será decisão por precedente. Em outros termos, não existe uma prévia e pronta regra jurídica apta a solucionar por efeito cascata diversos casos futuros, pelo contrário, a própria regra jurídica (precedente) é fruto de intenso debate e atividade interpretativa, e, após ser localizada, passa-se a verificar se na circunstância do caso concreto que ela virá solucionar é possível utilizá-la sem que ocorram graves distorções, por que se elas ficarem caracterizadas, ela, isto é, o precedente, deverá ser afastada.

Em termos simples, o precedente genuíno no common law nunca nasce desde-sempre precedente.

Se ele tiver coerência, integridade e racionalidade suficientes para torna-lo ponto de partida para discussão de teses jurídicas propostas pelas partes, e, ao mesmo tempo, ele se tornar padrão decisório para os tribunais e demais instâncias do Judiciário é que ele poderá com o tempo vir a se tornar precedente.

Ou seja, no common law, o que confere essa dimensão de precedente à decisão do Tribunal Superior é sua aceitação pelas partes e pelas instâncias inferiores do Judiciário. Daí ele ser dotado de uma aura democrática que o precedente à brasileira, não possui, uma vez que, os provimentos vinculantes do NCPC já nascem dotados de efeito vinculante - independentemente da qualidade e da consistência da conclusão de suas decisões.

Por consequência, no common law, os Tribunais Superiores, quando decidem um leading case, não podem impor seu julgado determinando que ele se torne um precedente. Paradigmático nesse sentido é o caso *Marbury vs Madison*. Isso porque o Justice Marshall quando o decidiu, não podia prever que aquele caso se tornaria efetivamente o caso modelo para a realização do controle difuso de constitucionalidade. Aliás, Justice Marshall não poderia nem ao menos prever que o caso *Marbury vs Madison* adquiriria a importância que teve, até mesmo porque por quase três décadas após seu julgamento o precedente oriundo do caso *Marbury vs Madison* manteve-se em estado dormente. No que diz respeito à jurisprudência dotada de efeito vinculante, seu âmbito de vinculação é determinado após o julgamento do caso piloto (paradigma), e opera-se o efeito cascata, para posterior resolução de todos os casos que estavam sobrestados até o julgamento do paradigma.

Vale dizer, por força legislativa (art. 927 do NCPC), no Brasil, diversas decisões judiciais já nascem vinculantes independentemente da sua própria qualidade. Ou seja, ainda que não coerente ou íntegras do ponto de vista da cadeia decisional, elas nascerão vinculantes. Essa constatação é fundamental para compreendermos a importância do fator hermenêutico para tratarmos da aplicação do NCPC, com o escopo de impedirmos qualquer tentativa de aplicação mecânica,

ou meramente subsuntiva, de qualquer provimento vinculante.

Os provimentos postos no art. 927 do NCPC ao serem aplicados pelas demais instâncias nos casos subsequentes não dispensam atividade interpretativa por parte do julgador, bem como o contraditório para assegurar a manifestação dos litigantes acerca da forma correta para sua aplicação no caso concreto.

Portanto, a leitura correta (constitucionalmente adequada) é no sentido de que, quando o NCPC afirma a obrigatoriedade de juízes e tribunais observarem súmula vinculante e acórdão vinculantes, não há nesse ponto uma proibição de interpretar. O que fica explícito é a obrigatoriedade de os juízes e tribunais utilizarem os provimentos vinculantes na motivação de suas decisões para assegurar não apenas a estabilidade, mas a integridade e a coerência da jurisprudência.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Discricionariedade Administrativa e Judicial**. SP: RT, 2014.

BERMAN, Harold J. **Law and Revolution II: the impact of the Protestant Reformations on the Western Legal Tradition**. London: Harvard University Press, 2003, n. 8, p. 265-269.

FIGAL, Günter. **Oposicionalidade: o elemento hermenêutico e a filosofia**. Petrópolis: Vozes, 2007.

HALE, Matthew. **The history of the common law of England**. 2. ed. Londres: John Walthoe, 1716. Prefácio.

MANCEBO, Luis-Quintín Villacorta. **Estudo preliminar da obra, Postpositivismo**.

MÜLLER, Friedrich. **Postpositivismo**. Cantabria: Ediciones TGD, 2008, n. 3, p. 188-189.

STRECK, Lenio. **O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes**.

Data de Submissão: 01/05/2016

Data de Aprovação: 20/05/2016

FORMAS DE CONTROLE E DOMINAÇÃO: UMA FILOSOFIA DA HISTÓRIA

Flávia Sanna Leal de Meirelles¹

RESUMO: O presente artigo pretende abordar a divisão do poder, conforme as publicações de três grandes filósofos: Michael Foucault, Karl Marx e Max Weber. Ainda, o artigo trata das formas de controle presentes na sociedade e nos processos de trabalho. Todos estes tópicos serão retratados por meio da obra literária produzida por tão importantes autores, o que permitirá a plena compreensão sobre a divisão das funções sociais e profissionais. A importância destes três filósofos dispensa explicações, uma vez que seus trabalhos são conhecidos em todo o mundo. Neste sentido, são particularmente propícios os estudos de Foucault: suas teorias tratam sobre o relacionamento entre poder e conhecimento, e como estes são utilizados como formas de controle pelas instituições sociais. A partir de tais premissas, o presente artigo pretende estabelecer uma correlação entre as filosofias dos três, referente aos tópicos supramencionados.

PALAVRAS-CHAVE: Controle. Divisão Social. Filosofia. Poder.

ABSTRACT: This paper aims to address the division of power according to what was written by three great philosophers: Michael Foucault, Karl Marx and Max Weber. Also, the article deals with the forms of control on the society and on working processes. All of these topics will be seen through the literary work of such important authors, which will allow full comprehension about the division of both social and professional functions. The importance of these three philosophers is self-explanatory, since their works are known worldwide. In this sense, the studies of Foucault are particularly favorable: his theories addressed the relationship between power and knowledge, and how they are used as a form of social control through societal institutions. From such premises, this paper intends to establish a correlation between the philosophies of them three, regarding the topics abovementioned.

KEYWORDS: Control. Philosophy. Power. Social Division.

INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho é apresentar diversas visões acerca da divisão de poder e dar formas de controle em sociedade e no processo de trabalho. Por meio da análise do conteúdo das obras de três autores de extrema importância, será

¹ Mestre e Doutoranda em Direito pela UERJ.

possível compreender como funcionava cada sociedade a cada tempo, no que diz respeito à divisão das funções sociais e profissionais.

Michel Foucault é responsável pela criação do conceito de disciplinas. Segundo o renomado filósofo, trata-se do método a partir do qual passou a ser permitido à ideologia dominante que minuciosamente controlasse as operações do corpo dos soldados. Estes encontravam-se constantemente sujeitos às forças daqueles, que lhes impunha uma relação de docilidade e, ao mesmo tempo, de utilidade para os fins que fossem julgados necessários.

A análise realizada no presente trabalho é feita por meio da interpretação da evolução histórica do tratamento disposto às formas de dominação em sociedade. Ao longo dos séculos XVII e XVIII, portanto, as disciplinas se tornaram fórmulas gerais de dominação.

Eram algo diferente do que havia na escravidão, uma vez que aqui não há uma fundamentação baseada em uma relação de apropriação do corpo. O momento histórico em que as disciplinas se desenvolveram representou a época do nascimento de uma arte do corpo humano.

Foucault afirma que o objetivo das disciplinas não se limitava a aumentar as habilidades dos soldados, ou mesmo a somente aprofundar a sujeição destes. Para o autor, as disciplinas tinham como finalidade construir uma relação que no mesmo mecanismo transformasse os soldados em mais obedientes na medida em que fossem mais úteis, e também o inverso.

Desta forma, era criada uma política de coerções, que se referem a um trabalho sobre o corpo daqueles que a isto eram sujeitos. Era uma manipulação calculada dos elementos, gestos e comportamentos da classe dominada. A disciplina refere-se, portanto, ao cerceamento coercitivo do agir humano dos soldados, submetidos à classe dominante. Tal submissão referia-se, inclusive, à distribuição dos indivíduos no espaço, ao controle da atividade exercida por eles (também no que diz respeito a horário de cumprimento das funções) e a composição das forças que atuavam no exercício das atividades disciplinares.

Karl Marx fora responsável por intimamente relacionar a dominação social com as formas de dominação no processo de trabalho. Sua concepção acerca do que seja controle é, portanto, substancialmente diversa da apresentada por Foucault.

Isto porque o autor entende que o trabalho é a atividade fundante da Humanidade. Sendo a centralidade da vida humana, o trabalho é algo que se desenvolve socialmente, um vez que o homem é um ser social. Da premissa de que os homens são seres sociais, as relações de produção e as relações sociais que foram construídas ao longo da História fundam todo o processo de formação da Humanidade.

A doutrina de Marx é denominada o marxismo. Trata-se da concepção materialista da História. Afastado de qualquer tipo de determinismo, compreende a predominância da materialidade sobre a ideia, a qual só é possível com o

desenvolvimento daquela.

O marxismo engloba, ainda, a compreensão das coisas em seu movimento, em sua inter-determinação, que é a dialética. Portanto, não é possível entender os conceitos marxianos (tais como forças produtivas, capital, etc) sem levar em conta o processo histórico, pois não são conceitos abstratos e sim uma abstração do real, tendo como pressuposto que o real é movimento.

Esta compreensão e concepção do homem é radicalmente revolucionária em todos os sentidos, pois é a partir dela que Marx irá identificar a alienação do trabalho como a alienação fundante das demais. E é com esta base filosófica que o autor compreende todas as demais ciências, tendo sua compreensão do real influenciado cada dia mais a ciência por sua consistência.

Marx trouxe para o tema abordado no presente trabalho a noção de cooperação. Para ele, portanto, esta constitui uma forma de trabalho em que muitos trabalham planejadamente lado a lado e conjuntamente, no mesmo processo de produção ou em processos de produção diferentes, mas conexos. Importante ressaltar que o raciocínio do autor neste momento não se refere meramente ao aumento da força produtiva individual por meio do fenômeno da cooperação, e sim à criação de uma força produtiva que tem de ser, em si e para si, uma força de massas.

Por fim, Max Weber revoluciona ao tratar do que chamou de “líder carismático”. Weber considerou o carisma uma força revolucionária na história, pois ele tinha o poder de romper as formas normais de exercício do poder. Por outro lado, a confiança dos dominados no carisma do líder é volúvel e esta forma de dominação tende para a via tradicional ou legal.

A dominação carismática é talvez a mais importante característica trazida pela obra de Weber. Nesta forma de dominação os dominados obedecem a um senhor em virtude do seu carisma ou seja, das qualidades excepcionais que lhe conferem especial poder de mando.

A palavra “carisma” é de inspiração religiosa e, no contexto cristão, lembra os dons conferidos pelo Espírito Santo aos cristãos. A palavra foi reinterpretada em sentido sociológico como dons e carismas do próprio indivíduo e, foi nesta forma que Weber a adotou.

Por meio, portanto, da análise da evolução histórica do que se entende acerca das formas de controle e dominação em sociedade, é possível visualizar o que nos leva a possuir certos entendimentos consolidados nos dias de hoje. Para a realização da referida análise, nada melhor do que contar com a rica colaboração do conteúdo das obras dos referidos e renomados autores.

1 MICHEL FOUCAULT: DISCIPLINAS

O importante filósofo, pensador e epistemólogo francês contemporâneo Michel Foucault foi responsável por valiosa colaboração acerca do tema de que

trata o presente trabalho. Em primeiro lugar, insta ressaltar que a obra do referido autor foi desenvolvida em uma arqueologia do saber filosófico, da análise do discurso e da experiência literária.

Foucault concentrou seu trabalho também sobre a relação entre poder e governamentalidade, bem como sobre a análise de práticas de subjetivação. Notoriamente conhecido por ter destacado as formas com as quais eram realizadas certas práticas das instituições com relação aos indivíduos, Foucault desenvolveu uma investigação especificamente voltada para a estrutura das instituições judiciais e penitenciárias da época moderna.

A obra do autor é construída por meio de uma análise histórica dos fatos sobre a dominação e as formas de controle. As diferentes visões que se tinha acerca dos “soldados” (indivíduos que deviam submissão), bem como os diversos tratamentos que foram desferidos a estes, compõem vasta gama de informação que permite que se compreenda com maior clareza o contexto de cada época analisada.

Durante a época clássica, houve a descoberta do corpo como objeto e alvo de poder por aqueles que pertenciam à classe dominadora. A partir da segunda metade do século XVIII, uma calculada coação passou a percorrer cada parte do corpo dos referidos soldados. Tornando-os perpetuamente disponíveis à submissão a que se sujeitavam, esta coação prolongava-se, em silêncio, no automatismo dos hábitos deles.

Naturalmente, em qualquer sociedade, o corpo encontra-se preso no interior de poderes demasiadamente apertados, os quais lhe impõem toda sorte de limitações, proibições e obrigações. No entanto, no momento descrito, o que havia de especial era o fato de que o corpo dos soldados era trabalhado pelos dominantes de forma detalhada, levando ao exercício sobre eles de uma coerção sem folga.

Foucault referiu-se a este fenômeno como as “disciplinas”. Trata-se, portanto, do método a partir do qual passou a ser permitido o minucioso controle – por parte da ideologia dominante – das operações do corpo dos soldados. Havia a realização de constante sujeição às forças daqueles, impondo a estes uma relação de docilidade e utilidade.

Ao longo dos séculos XVII e XVIII, portanto, as disciplinas se tornaram fórmulas gerais de dominação – diferentes, no entanto, do que havia na escravidão, uma vez que aqui não há uma fundamentação baseada em uma relação de apropriação do corpo. O momento histórico em que as disciplinas se desenvolveram representou a época do nascimento de uma arte do corpo humano. O objetivo com relação aos soldados era, nas palavras do autor,

Não unicamente o aumento de suas habilidades, nem tampouco aprofundar sua sujeição, mas a formação de uma relação que no mesmo mecanismo o torna tanto mais obediente quanto é mais útil, e inversamente. Forma-se então uma política das coerções que são um trabalho sobre o corpo,

uma manipulação calculada de seus elementos, de seus gestos, de seus comportamentos².

A disciplina refere-se, portanto, ao cerceamento coercitivo do agir humano dos soldados, submetidos à classe dominante. Tal submissão referia-se, inclusive, à distribuição dos indivíduos no espaço, ao controle da atividade exercida por eles (também no que diz respeito a horário de cumprimento das funções) e a composição das forças que atuariam no exercício das atividades disciplinares – conforme será adiante aprofundado.

A função maior do poder disciplinar é o adestramento propriamente dito dos soldados. Significa dizer que a disciplina não “amarra” as forças dos submissos de forma a reduzi-las. Ao contrário, procura ligá-las para, uma vez que estejam multiplicadas, sejam utilizadas em um todo que seja útil para quem exerce o controle. Assim, os processos de decomposição da classe subordinada são levados a atingir as singularidades necessárias e suficientes.

Portanto, segundo Foucault, o afirmar-se da prisão como forma generalizada de sanção para todo tipo de crime é resultado do desenvolvimento da disciplina registrado nos séculos XVIII e XIX. A obra do autor voltou-se para a criação especificamente de formas particularmente refinadas de disciplina, tendo como objeto os mais pequenos e detalhados aspectos do corpo de cada pessoa.

A partir desta ideia, defende também que a disciplina foi a responsável por criar uma nova economia e uma nova política dos corpos. As instituições modernas pediam que os corpos fossem individualizados segundo os seus escopos, e também para o adestramento, a observação e o controle. Desta forma, teria a disciplina criado uma espécie de individualidade totalmente nova para os corpos, que lhes permitiu adimplir o dever nas formas das organizações econômicas, políticas e militares que emergiam na idade moderna e ainda continuam.

Esta disciplina das individualidades constrói algumas características para os corpos que controla, criando por reflexo uma individualidade. Esta, conforme já fora mencionado, passa a ser, ao mesmo tempo: celular (determinando a distribuição espacial dos corpos); orgânica (assegurando que as atividades requeridas para os corpos sejam “naturais” para os mesmos); genética (controlando a evolução no tempo da atividade dos corpos); e combinatória (fazendo com que a força combinada de mais corpos si fundam em uma força de massa).

Foucault sugere que esta individualidade possa ser integrada em sistemas oficialmente igualitários, mas que utilizam a disciplina pra construir relações de poder desiguais. O poder disciplinar deve seu sucesso ao fato de ter se utilizado de instrumentos simples, quais sejam: o olhar hierárquico, a sanção normalizadora e a combinação destes em um procedimento que lhe é específico, o exame.

A vigilância hierárquica refere-se ao fato de o exercício da disciplina supor a existência de um dispositivo que obrigue apenas pelo que o autor chama de

² FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir: nascimento da prisão (tradução de Raquel Ramalheite). 38 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010, p. 133.

“jogo do olhar”. Trata-se de um aparelho por meio do qual as técnicas que permitem ver induzam a efeitos de poder. Em troca, os meios de coerção tornariam claramente visíveis aqueles sobre quem seriam aplicados.

O aparelho disciplinar perfeito consistiria, portanto, em um destes observatórios que capacitasse um único olhar ver tudo permanentemente. Desta forma, um ponto central seria o olho perfeito: fonte de luz que iluminaria a todas as coisas e, ao mesmo tempo, lugar de convergência de tudo o que deveria ser sabido pelos controladores. Nada escaparia ao olho perfeito, que seria o centro em direção ao qual convergiriam todos os olhares.

A vigilância se torna, assim, um operador econômico decisivo. Isto porque ao mesmo tempo que consiste em uma peça interna no aparelho de produção da época, refere-se a uma engrenagem específica do poder disciplinar. Inclusive, tal função de vigilância, de acordo com KARL MARX, “torna-se a função do capital, assim que o trabalho que lhe é subordinado de torna cooperativo, e como função capitalista ela adquire características especiais”³.

Ou seja: a disciplina deve impor-se sem uma força excessiva, através de uma atenta observação, e graças a tais observações os corpos si forjam na forma correta. Naturalmente, tal vigilância hierarquizada, contínua e funcional não é uma das grandes invenções técnicas do século XVIII. No entanto, sua grandiosa e importantíssima extensão deve-se ao surgimento das novas mecânicas de poder.

Graças a isto, o poder disciplinado torna-se um sistema integrado, ligado do interior à economia, atingindo, assim, os fins do dispositivo onde é exercido. Foucault ressalta, quanto a isto, que o poder na referido vigilância hierarquizada das disciplinas não se detém como uma coisa, não se transfere como uma propriedade. Ao contrário, funciona como uma máquina que faz realizar este poder relacional.

Quanto à sanção normalizadora, o autor destaca o fato de que em todas as sociedades com sistemas disciplinares funciona um pequeno mecanismo penal. Este, por sua vez, beneficia-se por uma espécie de privilégio de justiça, com leis próprias e delitos especificados. Contando ainda com formas particulares de sanção e de instâncias de julgamento, as disciplinas se mostram com uma face distintiva dos demais sistemas.

Trazendo consigo uma forma específica de punição, as disciplinas reproduzem apenas o que seria um modelo reduzido do tribunal. Na categoria de que se encarregam as penalidades disciplinares encontra-se a inobservância, isto é, tudo o que não se adequa à regra dos que dominam. Todo desvio, tudo aquilo que afaste o indivíduo das mencionadas regras, é legitimamente sancionado.

Logo, o castigo disciplinar tem justamente a função de reduzir tais desvios. Desta forma, buscou ser em sua essência corretivo. Assim, privilegiaram as punições pertencentes à ordem dos exercícios: aprendizado intensificado, multiplicado e, por vezes, repetido. O efeito corretivo esperado destas sanções é dire-

3 MARX, K. O Capital. Livro I, quarta seção, cap. XIII.

tamente obtido pela mecânica de um castigo: uma vez que castigar é exercitar, tal sanção passa pela expiação e pelo arrependimento.

Na disciplina, a punição não ultrapassa a função de exercer um sistema duplo, tanto de gratificação quanto de sanção. A penalidade posta em execução nestes sistemas se integra em todo o ciclo de conhecimento dos indivíduos.

Ainda, havia a divisão dos soldados segundo classificações ou graus de diversas naturezas. Tal fato justifica-se não apenas por marcar os desvios, hierarquizar as qualidades, as competências e as inaptidões daqueles que se sujeitavam ao sistema. Também havia nisto a função de castigar e recompensar. Desta forma, tem-se que a única forma de recompensa ditada pelas disciplinas é o jogo de promoções, o qual permite hierarquias e lugares, bem como pune rebaixando e degradando o “infrator”. O próprio sistema de classificações funciona como uma recompensa, ou como uma punição.

Com relação a este assunto, Foucault faz a seguinte e brilhante conclusão:

Em suma, a arte de punir, no regime do poder disciplinar, não visa nem a expiação, nem mesmo exatamente a repressão. Põe em funcionamento cinco operações bem distintas: relacionar os atos, os desempenhos, os comportamentos singulares a um conjunto, que é ao mesmo tempo campo de comparação, espaço de diferenciação e princípio de uma regra a seguir. (...) A penalidade perpétua que atravessa todos os pontos e controla todos os instantes das instituições disciplinares compara, diferencia, hierarquiza, homogeniza, exclui⁴.

Com relação ao exame, trata-se da combinação das técnicas anteriormente mencionadas, as da hierarquia que vigia e as da sanção que normaliza. Refere-se a uma forma de controle, de vigilância, que permite a realização da qualificação, classificação e punição dos soldados. Por meio disto, eles podem ser diferenciados e, assim, sancionados, por meio da demonstração da força da parcela dominante da comunidade, e do estabelecimento da verdade.

A individualização em um regime disciplinar ocorre de forma “descendente. Isto porque à medida em que o poder se torna mais anônimo e mais funcional, aqueles sobre os quais este poder é exercido tendem a ser mais fortemente individualizados. Isto é feito, ainda, por medidas comparativas cuja referência é a norma, e não genealogias que tem os ancestrais como pontos de referência.

Nos séculos XVII e XVIII, a teoria política vigente pareceu obedecer ao esquema da sociedade comercial. Esta, na época, se teria representado como uma associação contratual de sujeitos jurídicos isolados. De fato, não raro se afirma que o modelo de uma sociedade cujos indivíduos são tidos como meros elementos constituintes é tomado às formas jurídicas abstratas do contrato e da troca.

Apesar e independentemente deste fato, não se pode olvidar que esta mesma época contou com uma técnica que permitiu constituir efetivamente os indivíduos como elementos correlacionados de um mesmo poder e um mesmo saber.

4 FOUCAULT, Michel. op. cit. p. 175-176.

Por mais que se tenha em mente que o indivíduo é um “átomo fictício de uma representação ideológica da sociedade”⁵, é preciso ter em mente que ele é também uma realidade fabricada pela disciplina: essa tecnologia específica de poder com a qual os indivíduos tiveram que lidar à época.

Existe indubitavelmente uma face negativa no poder. Ele exclui, reprime, recalca, censura, abstrai, mascara, esconde. Em outras palavras, o poder é responsável pela produção de realidade. O indivíduo, assim como o conhecimento que se pode vir a ter a partir dele, se originam na realização desta produção.

Não é possível tentar realizar uma identificação entre a disciplina e uma instituição ou um aparelho de qualquer natureza. Isto porque ela se refere a um tipo de poder, isto é, uma modalidade para exercê-lo. Assim, comporta todo um conjunto de instrumentos, técnicas, procedimentos, níveis de aplicação e “alvos”: ela é uma tecnologia do poder, a qual pode até mesmo ficar a cargo de instituições especializadas.

Conforme já fora anteriormente mencionado, a disciplina deve impor-se sem uma força excessiva, através de uma atenta observação, e graças a tais observações os corpos si forjam na forma correta. Deste fenômeno deriva a necessidade de uma peculiar forma de instituição, a qual Foucault exemplifica por meio do Panóptico de Jeremy Bentham.

O Panóptico era a suma encarnação de uma moderna instituição disciplinar. Consentia uma constante observação caracteriza pela “vista desigual”. Na prática, talvez a mais importante característica do Panóptico resida em seu “design”, graças à qual o recluso não poderia nunca saber quando (e se) efetivamente era observado.

Desta forma, a “vista desigual” determinava a interiorização da individualidade disciplinar, e o corpo dócil requerido pelos internados. Significa dizer que não mais se é tão induzido a transgredir leis ou regras se se acredita observado, até mesmo quando na realidade a vigilância não é (momentaneamente) praticada.

Portanto, a prisão, especialmente se veste o paradigma do panóptico, oferece a forma ideal de punição moderna. Segundo Foucault, este é o motivo pelo qual a punição generalizada, “gentil”, das correntes e trabalhos forçados teve que ceder lugar ao cárcere. Este último era a modernização ideal da punição, e era, portanto, natural que com o passar do tempo prevalecesse.

Sem se desfazer nem perder nenhuma de suas propriedades, o sistema panóptico destina-se a ser difundido no corpo social. Logo, sua função reside no fato de dever tornar-se uma função generalizada.

Neste contexto, portanto, o panóptico realizou específica e importante função. Funcionando como uma espécie de laboratório de poder, seus mecanismos de observação o fizeram ganhar em eficácia, bem como em capacidade de penetração no comportamento dos homens. Implanta, desta forma, um aumento de saber em todas as instâncias do poder, por meio da descoberta de objetos que

5 Ibid. p. 185.

devem ser conhecidos em todas as superfícies que se submetem a tal poder.

Em suma, poderia-se falar da formação de uma sociedade disciplinar neste movimento que se inicia nas referidas disciplinas “fechadas” e culmina com o advento do mecanismo do panoptismo. Não se pode pretender afirmar que a sociedade disciplinar do poder tenha substituído todas as outras. Ao invés disso, ressalte-se que ela se infiltrou no meio das outras, servindo-lhes de intermediária até mesmo quando por vezes resultou em desqualificá-las. Ligando-as entre si, a sociedade disciplinar prolongou todas as demais, assegurando vasta distribuição das relações de poder ao longo das diversas épocas.

2 KARL MARX: COOPERAÇÃO

Karl Marx foi um intelectual e revolucionário alemão que fundou a doutrina comunista moderna. Tendo atuado como economista, filósofo, historiador, teórico político e jornalista, suas obras foram de importante influência para diversas áreas – como a Geografia, a Filosofia, a História, o Direito, a Sociologia, a Ciência Política, a Antropologia, entre outras.

Herdeiro da filosofia alemã, Marx é considerado um de seus grandes representantes, junto a Immanuel Kant e Georg Friedrich Hegel. Foi um dos maiores (para muitos, o maior) pensadores de todos os tempos, tendo uma produção teórica extensa e densa como a de Aristóteles, de quem era um admirador. Como filósofo, afirma que "realizar" a filosofia é antes de tudo "aboli-la", ou ao realizá-la, ela e a realidade se transformam na práxis, a união entre teoria e prática.

A teoria marxista é, substancialmente, uma crítica radical das sociedades capitalistas. Mas é uma crítica que não se limita a teoria em si. Inclusive, Marx se posiciona contra qualquer separação drástica entre teoria e prática, entre pensamento e realidade, porque essas dimensões são abstrações mentais (categorias analíticas) que, no plano concreto, real, integram uma mesma totalidade completa.

A teoria de Karl Marx é denominada “marxismo”. Este constitui-se como a concepção materialista da História. Afastado de qualquer tipo de determinismo, compreende a predominância da materialidade sobre a ideia, a qual só é possível com o desenvolvimento daquela.

O marxismo engloba, ainda, a compreensão das coisas em seu movimento, em sua inter-determinação, que é a dialética. Portanto, não é possível entender os conceitos marxianos (tais como forças produtivas, capital, etc) sem levar em conta o processo histórico, pois não são conceitos abstratos e sim uma abstração do real, tendo como pressuposto que o real é movimento.

Karl Marx compreende o trabalho como atividade fundante da humanidade. E o trabalho, sendo a centralidade da atividade humana, se desenvolve socialmente, sendo o homem um ser social. Sendo os homens seres sociais, a História, isto é, suas relações de produção e suas relações sociais fundam todo processo de

formação da humanidade.

Esta compreensão e concepção do homem é radicalmente revolucionária em todos os sentidos, pois é a partir dela que Marx irá identificar a alienação do trabalho como a alienação fundante das demais. E com esta base filosófica é que Marx compreende todas as demais ciências, tendo sua compreensão do real influenciado cada dia mais a ciência por sua consistência.

Visto isso, é preciso partir da premissa de que Marx tem uma concepção acerca de controle diversa da tratada no presente trabalho até aqui. Isso se deve ao fato não apenas das referidas influências ao seu trabalho, como também em razão do contexto histórico e social durante o qual sua obra fora produzida. O raciocínio de Marx acerca deste tema merece especial e detalhada explicação.

A economia no emprego dos meios de produção é uma forma de baratear o custo para venda dos produtos decorrentes daquela mão de obra. No entanto, tal economia decorre apenas de seu consumo coletivo no processo de trabalho de muitos. Estes, por sua vez, adquirem esse caráter de condições do trabalho social ou condições sociais do trabalho em contraste com os meios de produção dispersos e relativamente custosos de trabalhadores autônomos isolados ou pequenos patrões, mesmo quando os muitos apenas trabalham no mesmo local, sem colaborar entre si.

Boa parte dos meios de trabalho adquire esse caráter social antes que o próprio processo de trabalho o adquira. Esta economia nos meios de produção de forma a diminuir, mais à frente, seus preços finais, em geral, tem de ser considerada por meio de um duplo ponto de vista.

Em primeiro lugar, na medida em que as mercadorias se tornam mais baratas, abaixando desse modo também o valor da força de trabalho. Em segundo lugar, na medida em que modifica a proporção entre mais-valia e o capital global adiantado, isto é, a soma de valor de seus componentes constante e variável.

Importante ressalva deve aqui ser feita. O conceito de mais-valia foi empregado por Karl Marx para explicar a obtenção dos lucros no sistema capitalista. O autor afirma que o trabalho gera a riqueza, portanto, a mais-valia seria o valor extra da mercadoria, isto é, a diferença entre o que o empregado produz e o que ele recebe. A esta diferença, portanto, Marx chama de valor excedente ou maior, ou mais-valia.

Uma vez que, com efeito, aqui as condições de trabalho são colocadas em face do trabalhador de forma autônoma, o economizá-las apresenta-se também como uma operação particular, que em nada lhe interessa e que por isso se separa dos métodos que elevam sua produtividade pessoal.

Neste momento, Marx constrói o conceito de cooperação. Trata-se da forma de trabalho em que muitos trabalham planejadamente lado a lado e conjuntamente, no mesmo processo de produção ou em processos de produção diferentes, mas conexos⁶. Importante ressaltar que o raciocínio do autor neste momento não

6 MARX, Karl. op. cit. p. 442.

se refere meramente ao aumento da força produtiva individual por meio do fenômeno da cooperação, e sim à criação de uma força produtiva que tem de ser, em si e para si, uma força de massas.

Com isso, muitos executam o mesmo, ou algo semelhante, de forma conjunta e simultânea. Apesar disto, o trabalho individual de cada um segue tendo papel essencial. Desta forma, como parte do trabalho global (exercido pelo todo), pode ainda representar as diferentes fases do próprio processo de trabalho, as quais são percorridas mais rapidamente pelo objeto do trabalho em virtude justamente do instituto da cooperação.

Ressalte-se que muitos destes trabalhadores se completam mutuamente, uma vez que exercem as mesmas atividades ou fazem, no processo de trabalho, algo de mesma espécie. Trata-se da forma mais simples de trabalho coletivo, a qual desempenha importante papel até mesmo nas formas mais desenvolvidas de cooperação.

Naturalmente, é complicado o processo de trabalho. Diante disso, a massa de trabalhadores que exercem suas atividades conjuntamente permite que sejam distribuídas as diferentes operações entre diversos operadores. Desta forma, serão executadas de forma simultânea, resultando em um encurtamento no tempo de trabalho que precisa ser dispensado para que seja fabricado o produto global.

Isto é de fundamental importância, uma vez que existem momentos críticos em quase todos os ramos de produção. Durante estes (que restam fixados pela própria natureza do processo de trabalho), determinados resultados do trabalho executado devem ser atingidos. Diante disto, exige-se a cooperação em certos processos de trabalho em razão da própria configuração espacial do trabalho: a cooperação permite estender o espaço onde este trabalho é realizado. O autor cita como exemplos a drenagem de terras, a construção de diques, construção de canais, estradas e ferrovias.

Por outro lado, tal instituto resulta em um estreitamento espacial do campo de produção, proporcionalmente à escala de produção. Tal limitação do âmbito espacial do trabalho ocorre concomitantemente com a expansão de sua escala de ação. Desta forma, permite que seja poupada certa quantidade de falsos custos desta produção, os quais decorrem da aglomeração dos trabalhadores, bem como da junção de diversos processos de trabalho na mesma área e da concentração dos meios de produção.

Esta combinação que ocorria na jornada de trabalho é responsável por produzir maiores quantidades de valor de uso para os produtos, em comparação com uma soma igual de jornadas de trabalho isoladas individualmente. Com isso, diminuía-se o tempo necessário de trabalho para produção de determinado efeito útil. Em qualquer circunstância, afirma Marx, a força produtiva específica da jornada de trabalho combinada é a força produtiva social do trabalho (ou também chamada de força produtiva do trabalho social).

Ela decorre, assim, da própria execução da referida cooperação entre os

indivíduos envolvidos na relação de trabalho. Ao criarem um planejamento no sentido de cooperarem uns com os outros, se desfizeram de suas limitações individuais, desenvolvendo, deste modo, a capacidade de sua espécie de produção.

Neste sentido, importante ressalva deve ser feita. Uma vez que é imprescindível que os trabalhadores estejam juntos para que possam cooperar diretamente uns com os outros, a aglomeração destes em determinado local torna-se condição para a realização da cooperação. Sendo assim, tem-se que os trabalhadores assalariados não podem cooperar com a produção de trabalho sem que haja seu simultâneo emprego por parte do capitalista, que, portanto, deverá comprar suas forças de trabalho. Ainda, o

valor global dessas forças de trabalho ou a soma dos salários dos trabalhadores por um dia, uma semana etc., tem de estar reunido, portanto, no bolso do capitalista antes de as próprias forças de trabalho serem unidas no processo de produção⁷.

Diante disso, cria-se uma lógica acerca do mecanismo da cooperação no processo de trabalho. Esta refere-se ao fato de o número dos trabalhadores que cooperam ou a escala da cooperação inicialmente depender da grandeza do capital que o capitalista individual pode despender na compra da força de trabalho, isto é, da medida em que cada capitalista dispõe dos meios de subsistência de muitos trabalhadores.

A cooperação com base na divisão do trabalho adquire sua forma clássica com o advento das manufaturas. Uma vez que trata-se da forma característica do processo de produção capitalista, a cooperação predomina durante o período manufatureiro propriamente dito, o qual teve início em meados do século XVI e durou até o final do século XVIII.

Houve um duplo modo por meio do qual teve origem a manufatura. De um lado, mais simplesmente compreendido, trabalhadores de diversos ofícios autônomos – nas mãos dos quais tem que passar um produto até seu acabamento final – são reunidos em uma oficina sob o comando de um mesmo capitalista. Por outro lado, porém, também assistiu-se ao surgimento das manufaturas pelo caminho inverso.

Corresponde ao fato de muitos artífices que realizavam o mesmo trabalho ou trabalhos de mesma espécie serem ocupados pelo mesmo capital, de forma simultânea nas mesmas oficinas. Esta é a cooperação em sua forma mais simples. Cada um destes artífices (por vezes contando com ajudantes) produz a mercadoria por inteiro, levando a cabo, portanto, sucessivamente as diferentes operações exigidas para a sua fabricação.

O trabalhador segue trabalhando de forma artesanal, no entanto, circunstâncias externas não tardam a levá-lo a se utilizar de outra maneira da concentração dos trabalhadores no mesmo local e simultaneidade de seus trabalhos. Em razão disso, o trabalho é dividido. Ao invés de o mesmo artífice executar as dife-

⁷ Ibid. p. 446.

rentes operações dentro de uma seqüência temporal, elas são desprendidas umas das outras, isoladas, justapostas no espaço, cada uma delas confiada a um artífice diferente e todas executadas ao mesmo tempo pelos cooperadores.

Tal divisão accidental se repete, fazendo aparecer suas vantagens peculiares e, assim, ossificando-se pouco a pouco em divisão sistemática do trabalho. Do produto individual de um artífice autônomo, que faz muitas coisas, a mercadoria transformava-se no produto social de uma união de artífices, cada um dos quais realiza ininterruptamente uma mesma tarefa parcial. Finalmente, essa divisão do trabalho é uma espécie particular da cooperação e algumas de suas vantagens decorrem da natureza geral e não dessa forma particular da cooperação.

3 MAX WEBER: DOMINAÇÃO CARISMÁTICA

Max Weber foi um intelectual alemão, jurista, economista e considerado um dos fundadores da Sociologia. Além de ser considerado um dos fundadores do estudo moderno da sociologia, sua influência também teve alcance em disciplinas como a Economia, a Filosofia, o Direito, a Ciência Política e a Administração.

Grande parte de seu trabalho como pensador e estudioso foi reservado para o chamado processo de racionalização e desencantamento que provém da sociedade moderna e capitalista. Mas seus estudos também deram contribuição importante para a economia. Sua obra mais famosa é o ensaio “A ética protestante e o espírito do capitalismo”, por meio do qual começou suas reflexões sobre a sociologia da religião.

Neste sentido, Weber argumentou que a religião era uma das razões não-exclusivas do porque as culturas do Ocidente e do Oriente se desenvolveram de formas diversas, e salientou a importância de algumas características específicas do protestantismo ascético, que levou ao nascimento do capitalismo, a burocracia e do estado racional e legal nos países ocidentais. Em outro trabalho importante, “A política como vocação”, Weber definiu o Estado como “uma entidade que reivindica o monopólio do uso legítimo da força física”. Tal definição veio a se tornar central no estudo da moderna ciência política no Ocidente. Em suas contribuições mais conhecidas são muitas vezes referidas como a “Tese de Weber”.

A obra de Weber contou com a influência de grandes nomes relacionados com a Filosofia. Dentre os mais importantes, pode-se destacar nomes como Immanuel Kant e Friedrich Nietzsche e com alguns dos principais sociólogos de seu tempo, como Ferdinand Tönnies, Georg Simmel e Werner Sombart, entre outros, com os quais Weber dialoga constantemente ao longo de suas escritas.

Max Weber não se enquadrava diretamente em nenhuma das posições clássicas das escolas de renome. Com a escola neo-kantiana, ele concorda com o fato de que as ciências humanas lidam com o fenômeno do valor. Para ele, o indivíduo só consegue analisar aqueles elementos da realidade que tem algum

sentido para ele a partir de suas referências de valor.

Tal posição fora retirada por Weber de Heinrich Rickert. Mas, nem por isso ele rejeitava o valor da imputação causal nas ciências humanas, pois eram um instrumento indispensável para a explicação dos mecanismos de entendimento da vida social. Em síntese, Weber propunha a unificação das ciências humanas integrando as ideias de compreensão e de explicação, em uma visão unitária de ciência.

O principal problema desta posição, contudo, é que colocava em questão o valor objetivo da ciência. Weber reconheceu que toda pesquisa tem um ponto de partida subjetivo (ligado a referência de valor do pesquisador), mas entendeu que este dado não destruía a objetividade da ciência. O valor cognitivo da ciência social reside na sua capacidade de controlar a pesquisa mediante métodos sistemáticos e padronizados de trabalho. O ponto de partida da investigação até pode ser subjetivo, mas seu ponto de chegada deverá ser rigorosamente objetivo.

Especificamente com relação ao tema do presente trabalho, o entendimento de Weber acerca das formas de controle e dominação relaciona-se, em parte, à supramencionada visão de Karl Marx. Na verdade, grande parte da obra de Weber é informada pelas ideias de Marx, as quais foram utilizadas por aquele como uma espécie de princípio norteador.

Weber discordava de Marx na medida em que este último, como economista, cometia um erro: dava a uma perspectiva parcial uma exagerada importância, reduzindo a multiplicidade de fatores causais a um teorema de valor único. Com relação a este fato, Weber apenas nega que se tenha a pretensão de se estabelecer uma sequência causal única e universal.

A abordagem weberiana da estrutura política aproxima-se da abordagem marxista das estruturas econômicas. Enquanto Marx construiu períodos econômicos e neles localizou as principais classes econômicas, relacionando os vários fatores sociais e políticos com o meio de produção, Weber tratou de encarar o controle sobre as armas e sobre os meios de administração.

Ainda, Marx é menos cuidadoso na distinção entre poder econômico e poder político. Como liberal, Weber se empenha em manter tais esferas claramente diferenciadas, criticando o marxismo porque este não distingue o que é rigorosamente econômico, o que é economicamente determinado e aquilo que simplesmente é economicamente relevante.

Max Weber desenvolveu um importante trabalho de sociologia política através da sua teoria dos tipos de dominação. Dominação é a possibilidade de um determinado grupo se submeter a um determinado mandato. Isso pode acontecer por motivos diversos, como por exemplo, os costumes ou a tradição.

O autor define três tipos de dominação que se distinguem pelo caráter da dominação (pessoal ou impessoal) e, principalmente, pela diferença nos fundamentos da legitimidade. De acordo com a dominação legal, a obediência está fundamentada na vigência e aceitação da validade intrínseca das normas e seu

quadro administrativo é mais bem representado pela burocracia. A ideia principal da dominação legal é que deve existir um estatuto que pode ou criar ou modificar normas, desde que esse processo seja legal e de forma previamente estabelecido.

Nessa forma de dominação, o dominado obedece à regra, e não à pessoa em si, independente do pessoal, ele obedece ao dominante que possui tal autoridade devido a uma regra que lhe deu legitimidade para ocupar este posto, ou seja, ele só pode exercer a dominação dentro dos limites pré-estabelecidos. Assim o poder é totalmente impessoal, onde se obedece à regra estatuída e não à administração pessoal.

Como exemplo do uso da dominação legal, pode-se citar o Estado Moderno, o município, uma empresa capitalista privada e qualquer outra organização em que haja uma hierarquia organizada e regulamentada. A burocracia constitui a forma mais pura de dominação legal.

Por sua vez, a dominação tradicional se dá pela crença na santidade de quem dá a ordem e de suas ordenações. Sua ordem mais pura é realizada pela autoridade patriarcal, onde o senhor ordena e os súditos obedecem e na forma administrativa isso se dá pela forma dos servidores.

Nesta forma de dominação, o ordenamento é fixado pela tradição e sua violação seria um afronto à legitimidade da autoridade. Os servidores são totalmente dependentes do senhor e ganham seus cargos seja por privilégios ou concessões feitas pelo senhor, não há um estatuto e o senhor pode agir com livre arbítrio.

Por fim, talvez a mais importante característica trazida pela obra de Weber seja o que ele chamou de dominação carismática. Nesta forma de dominação os dominados obedecem a um senhor em virtude do seu carisma ou seja, das qualidades excepcionais que lhe conferem especial poder de mando.

A palavra “carisma” é de inspiração religiosa e, no contexto cristão, lembra os dons conferidos pelo Espírito Santo aos cristãos. A palavra foi reinterpretada em sentido sociológico como dons e carismas do próprio indivíduo e, foi nesta forma que Weber a adotou.

Weber considerou o carisma uma força revolucionária na história, pois ele tinha o poder de romper as formas normais de exercício do poder. Por outro lado, a confiança dos dominados no carisma do líder é volúvel e esta forma de dominação tende para a via tradicional ou legal.

A tipologia weberiana das formas de poder político diferente claramente da tradição clássica, orientada pela discussão da teoria das formas de governo, oriunda do mundo antigo (Platão e Aristóteles). Filiado à tradição realista de pensamento, Weber também rejeita os pressupostos normativos e éticos da teoria do poder e procura descrevê-lo em suas formas efetivas de exercício. Ao demonstrar que o exercício do poder envolve a necessidade de legitimação da ordem política e, ao mesmo tempo, sua institucionalização por meio de um quadro administrativo, Weber apresentou os fundamentos básicos da sociologia política da era

contemporânea.

Embora tenha consciência do fato de que a dinâmica social é resultado de muitas forças sociais, o autor atribui a todo momento grande ênfase à ascensão do líder carismático. Com relação a este, nas palavras do autor,

Seus movimentos são entusiásticos, e nesses entusiasmos por vezes as barreiras de classe e status dão lugar à fraternização e aos sentimentos de comunidade exuberantes. Os heróis e profetas carismáticos são, assim, vistos como forças realmente revolucionárias na história⁸.

O autor enfatiza o que ele chama de “soberania do homem carismático”. No entanto, isso não significa que minimize a mecânica das instituições. Pelo contrário, acompanhando a rotinização do carisma, o autor pode atribuir um acentuado peso causal às rotinas institucionais. Ainda, para ele, o movimento carismático pode ser rotinizado do tradicionalismo ou na burocratização, a depender diretamente das intenções subjetivas dos seguidores e do líder.

Por fim, Weber ressalta a importância do conceito de “personalidade”. Para ele, trata-se de uma noção muito explorada, que se refere a um centro de criatividade do indivíduo. Perante este centro, profundamente irracional, qualquer indagação analítica é suspensa.

O autor ao longo de suas obras tenta incorporar o conceito de “interpretação” para melhor compreensão de suas idéias. Se faz entender tentando assumir uma posição de leitor da pessoa individual objeto de sua narrativa, bem como a instituição, o ato ou o estilo de trabalho de que faz referência. “A interpretação consiste, assim, na compreensão da união da totalidade mais ampla com sua parte”⁹.

CONCLUSÃO

Ao longo da História, foram diversas as visões acerca das formas de dominação e poder na sociedade. Estes entendimentos foram retratados de forma brilhante por diversos autores, em especial pelos filósofos a que o presente trabalho fez referência.

Por meio de uma análise histórica de tamanha relevância é possível compreender algumas das razões pelas quais são dados certos tratamentos aos dominantes e aos dominados ainda nos dias de hoje. A compreensão do passado é sem dúvida a melhor forma de construção do que se quer para o futuro, e isso é feito por meio da análise da situação presente.

Nas atuais circunstâncias, o mundo global conta com menores distâncias e fronteiras cada vez menos delimitadas entre diversos países e culturas. Apesar disso, continua-se contando com toda sorte de discriminação entre indivíduos de diversas naturezas. O desenfreado e ilimitado poder que é disposto aos governan-

8 WEBER, Marx. *Ensaio de Sociologia*. Oxford University Press, 1967, p. 70.

9 *Ibid.* p. 75.

tes não resulta em nada além de marginalização, a qual constitui uma porta para a criminalidade de massa.

REFERÊNCIAS

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão** (tradução de Raquel Ramallete). 38 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010

MARX, K. **O Capital**. Livro I, quarta seção, cap. XIII.

WEBER, Marx. **Ensaio de Sociologia**. Oxford University Press, 1967.

Data de Submissão: 01/05/2016

Data de Aprovação: 13/06/2016

EFEITOS DO ATIVISMO JUDICIAL SOBRE O ESTADO DEMOCRATICO DE DIREITO

Luiz Renato Adler Ralho¹

RESUMO: Este artigo foi desenvolvido no sentido de se compreender os efeitos do ativismo judicial sobre a democracia.

PALAVRAS-CHAVE: Ativismo Judicial. Discricionariedade Judicial. Judicialização da Política.

ABSTRACT: This article was developed in order to understand the effects of judicial activism on democracy.

KEYWORDS: Judicial Activism. Judicial Discretion. Policy Judicialization.

1 INTRODUÇÃO

O debate acerca do posicionamento ativo do Poder Judiciário em determinar a efetivação de princípios e direitos fundamentais inseridos no texto constitucional, tem propiciado diversos debates acerca da usurpação das funções originárias dos demais Poderes onde houve uma maior intensificação dos debates em face das decisões do Supremo Tribunal Federal interessar um grupo maior de pessoas daqueles que sempre se beneficiaram com o Ativismo Judicial.

Quais seriam as razões do ativismo judicial no Brasil? Luiz Roberto Barroso invoca duas (O Globo de 22.03.09, p. 4): (a) nova composição do STF (por Ministros bastante preocupados com a concretização dos valores e princípios constitucionais) e (b) crise de funcionalidade do Poder Legislativo (que estimula tanto a emissão de Medidas Provisórias pelo Executivo como o ativismo judicial do Judiciário).

Dessa forma, torna-se importante buscarmos respostas para o surgimento dessas decisões que buscam a interpretação do direito dentro de argumentos psicológicos, políticos, morais e ideológicos. Buscar-se-á demonstrar como o Ativismo Judicial, ou melhor, o Justicialismo Judicial (com iniciais maiúsculas) vem afetando fortemente os princípios basilares da ordem jurídica do País tais como o da separação de poderes e o da segurança ou estabilidade jurídica, além de não contribuir para o fortalecimento da democracia.

A prática do Ativismo ou Justicialismo Judicial vem gerando desestabilidade nas relações jurídicas ao mitigar a previsibilidade das decisões adotadas

¹ Doutorando em direito pela Universidade Estácio de Sá.

pelos órgãos aplicadores das disposições normativas e por ferir a estabilidade das relações jurídicas definitivas.

Essa intervenção do Judiciário nas questões de competência tanto do executivo como do legislativo fere gravemente o princípio da separação de poderes, princípio este já objeto de considerações por grandes autores em clássicas obras no decorrer da história. Anglea Pelicioli² em sua tese de doutorado afirmou que há muito vem ocorrendo o redimensionamento do princípio da separação dos poderes que surgiu com o objetivo fundamental de se limitar o poder do homem, impedindo que este o use indiscriminadamente, o que causaria uma grande desproporção e desigualdade em relação aos que o devem obediência.

Mesmo que em diferentes momentos, a história ensina que o princípio da separação de poderes sempre teve como fundamento a desconcentração de poder. No entanto, há de se conceber que uns se remetem a Aristóteles, outros chegam a ir mais longe, até Platão, para explicar a teoria da separação. Sabe-se, todavia, que ambos foram discípulos e sucessores de Sócrates que buscava a verdade plena e essencial das coisas no princípio das ideias, na verdade real. Afinal de contas, de acordo com o grande mestre Socrático, a verdade plena é aquela que não pode variar, se há uma verdade essencial para os homens esta deve valer para todas as pessoas.

Essa teoria da separação de poderes em corrente tripartite foi esboçada primeiramente por Aristóteles³ em sua obra “A Política”, em que admitia existir três órgãos separados a quem cabiam às decisões do Estado: Poder Deliberativo, Poder Executivo e o Poder Judiciário. Posteriormente, Locke⁴ em sua obra “Segundo Tratado sobre o Governo Civil”, concebendo o Poder Legislativo como sendo superior aos demais. Todavia é nítido na doutrina um consenso em atribuir a Montesquieu a consagração da tripartição de poderes com as devidas repartições de atribuições no modelo mais aceito atualmente por todos, em sua obra “O Espírito das Leis”, com a inclusão do poder judiciário entre os poderes fundamentais do Estado.

Porém, Aristóteles, Locke e Montesquieu não foram os criadores da presente doutrina e sim quem, com grande brilhantismo e sabedoria, as sistematizou em contornos específicos, baseando-se em teorias já existentes, como podemos verificar em relatos antigos deixados em obras clássicas de célebres autores, como Platão⁵, por exemplo, em “A República”, onde se pode visualizar pontos que deixam clara a concepção de uma teoria que consistia em subdividir as funções do Estado de forma que esta não se concentrasse nas mãos de apenas uma pessoa, o

2 PELICLIOLI, Anglea Cristina. A sentença normativa na jurisdição constitucional: análise da atuação do Supremo Tribunal Federal como legislador positivo – Porto Alegre 2007

3 ARISTÓTELES. A Política. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

4 LOCKE, John. Segundo Tratado sobre o Governo Civil. Trad. Alex Marins, São Paulo. Martin Claret: 2003.

5 PLATÃO. A República. Trad. Enrico Corvisieri, São Paulo: Nova Cultural, 2004.

que poderia dar ensejo a trágicos fins, uma vez que, como todos sabem, o homem se desvirtua ante a concentração e a não limitação de poder a ele outorgado.

A teoria da separação dos poderes é, em síntese, assim apresentada: Poder Executivo, no Brasil exercido pelo Presidente da República juntamente com os Ministros que por ele são indicados. É a ele que competem os atos de chefia de Estado, quando exerce a titularidade das relações internacionais e de governo, quando assume as relações políticas e econômicas assumidas no plano interno, típico do sistema presidencialista adotado no Brasil; Poder Judiciário com a função jurisdicional, que consiste na aplicação da lei a um caso concreto, que lhe é apresentado como resultado de um conflito de interesses e Poder Legislativo, a quem cabe legislar e fiscalizar.

Todavia, não se pode levar o princípio da separação dos poderes ao extremo, ou seja, não se deve concluir que ao judiciário é negada qualquer função interpretativa. A história já mostrou não ser possível tipificar todo o comportamento e regramento humano, dispensando assim o intérprete. No final do século XVIII, Frederico o Grande tentou fazer o direito da Prússia “à-prova-de-juiz” adotando um código contendo mais de 17.000 artigos. O objetivo a ser alcançado era o de que tal código fosse um catálogo completo de soluções, disponível aos juízes para que estes enfrentassem qualquer caso que aparecesse diante deles sem a necessidade de interpretação. Por certo foi um fracasso.

Para que o princípio da separação de poderes continue a perseguir o ideal para o qual fora criado, de dividir o poder estatal em forma equânime e harmônica, é necessário que seja observado as delimitações de atribuições de cada esfera de poder, observando o princípio da igualdade de direitos, em virtude de seu valor e de seu caráter principiológico, tendo em vista que, a ampliação desmesurada e inconsequente dessas atribuições torna cada vez mais tênue a linha que separa os poderes, esvaindo o seu conteúdo, gerando uma confusão de poderes, longe daquele que foi tão perfeitamente desenvolvido pelos seus idealizadores.

E é em razão desse ideal que se deve enfrentar qualquer tipo de instituto que tente desconstruir a teoria tão bem desenvolvida por Montesquieu. Assim, o que dizer do ativismo quanto à segurança ou a estabilidade jurídica? Sabe-se que a cada vinte e quatro horas, ao redor da Terra, milhões de pessoas consultam métodos científicos como, por exemplo, a astronomia, meteorologia e estatística, além de outros, não científicos, como, por exemplo, o horóscopo para prever o futuro.

Assim como os métodos científicos, as normas também são meios para nos garantirmos com relação ao que pode acontecer no futuro, pois contém promessas que conformam as nossas expectativas.

A fim de compreender melhor o princípio da segurança jurídica, é importante mencionar que ele tem como objetivo proteger e preservar as justas expectativas das pessoas⁶. Nesse sentido, é possível notá-lo como um instrumen-

6 DANTAS, B. Direito fundamental à previsibilidade das decisões judiciais. Revista

to capaz de assegurar a previsibilidade esperada pela sociedade que pode advir tanto da lei (ou melhor, do Direito positivo) quanto dos juízes e tribunais (ou seja, daqueles que exercem a jurisdição).

Em razão de que na vida tudo se modifica com velocidade e não há expectativas seguras quanto ao que possa acontecer, o princípio da estabilidade é contrafático, ou seja, mediante as normas buscamos a proteção possível contra a instabilidade dos fatos.

Esse princípio impede a desconstituição injustificada de atos ou situações jurídicas, pois o Estado Democrático de Direito tem, como um dos seus elementos fundantes a segurança jurídica. E nem poderia ser de outra forma. A própria ideia de Direito se confunde com a necessidade de segurança. Necessidade de dar estabilidade e clareza às relações sociais, de uma maneira que permita ao homem estabelecer ordem na vida social é um dos escopos primordiais do Direito. Esta necessidade está, inclusive, acima de outros valores também encampados pelo Direito.

Cada Estado (Nação) possui um direito que lhe é próprio e muitas vezes diversos direitos são aplicados concorrentemente no interior de um mesmo Estado. O Direito contemporâneo contempla, então, uma diversidade de direitos.

É em razão dessa diversidade de direitos que em alguns casos se colocam barreiras ao judiciário, impedindo-o de apreciar e decidir determinada matéria (aqui não se está referindo à existência de jurisdição autônoma a par da jurisdição estatal como no caso da desportiva, arbitral e eclesiástica), nem às de competência mutilada (sob o ponto de vista material ou formal, v.g., a impossibilidade de conceder medidas liminares, ou a impossibilidade de julgar teses decididas vinculadamente por instância superior, mas principalmente aos casos de vedação das chamadas questões políticas por parte de órgãos jurisdicionais.

Todavia, mesmo com todas essas barreiras ainda encontramos espaços para todo tipo de “ativismo judicial”. Isso, conforme explicado por Alexandre Morais da Rosa e Julio Cesar Marcellino Jr⁷. em “O (RE)PENSAR DA CRISE JURISDICIONAL DIANTE DO ENGODO EFICIENTISTA: O DIREITO E A ECONOMIA EM DISCUSSÃO, em razão da crise instalada no Estado que se irradiou para o Poder Judiciário e ao próprio Direito. Para os autores “O Direito foi transformado em instrumento econômico diante da mundialização do neoliberalismo.... logo, submetido a uma racionalidade diversa, manifestamente pragmática de custos e benefícios (pragmatic turn), capaz de refundar os alicerces do pensamento jurídico, não sem ranhuras democráticas.”

Essa transformação, denominada Análise Econômica do Direito (AED) pelo movimento metodológico surgido na Universidade de Chicago tem como fato comum a “implementação de um ponto de vista econômico no trato das

Justiça e Cidadania, edição 149, janeiro de 2013.

7 SPLEGLER, Fabiana Marion. Os (Des)Caminhos da Jurisdição / Fabiana Marion Spengler; Paulo de Tarso Brandão – Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 43.

questões que eram eminentemente jurídicas”.

Ainda segundo Alexandre Morais da Rosa e Julio Cesar Marcellino Jr⁸ essa corrente metodológica adota “além dos princípios do liberalismo econômico, a ideia de que o objeto da ciência jurídica possui uma estrutura similar ao objeto da ciência econômica. Assim, busca o movimento transformar o Direito, que se encontra em um estado pré-científico, incapaz de se adaptar à nova realidade mundial, caracterizada pela crise do Estado de Bem-Estar Social, em uma verdadeira ciência, racional e positiva, mediante a análise e investigação do Direito de acordo com os princípios, categorias e métodos específicos do pensamento econômico”.

Todo esse ativismo, por certo, está ligado a nossa Constituição Federal que é, nas palavras de Canotilho⁹, voltada a regras compromissórias e a construção do Estado do Bem-Estar Social, mediante o cumprimento de programas de distribuição de riqueza, mitigação da pobreza, relativização da propriedade privada e relativização da autonomia da vontade nos contratos.

Outro ponto para reflexão e que parece ser um dos motivos de todo esse ativismo é a inserção da tradição jurídica da common law em nosso Direito.

A tradição jurídica da common law, adotado, por exemplo, pela Inglaterra, Estados Unidos e Nova Zelândia difere do sistema jurídico adotado por Argentina, Brasil e Chile, países de tradição jurídica do civil law.

Todavia, com a valorização da soberania entre Estados (Nações) pode-se afirmar surgiram sistemas dentro desses sistemas, ou melhor, sistemas dentro dessas tradições jurídicas, muito embora cada uma dessas tradições tenha muitas coisas em comum.

Uma tradição jurídica, conforme o próprio termo indica, não é um conjunto de normas legais sobre contratos, empresas ou crimes, embora tais normas sejam, quase sempre, em algum sentido, um reflexo daquela tradição. Uma tradição jurídica é, na verdade, um conjunto de atitudes historicamente condicionadas e profundamente enraizadas a respeito da natureza do direito e do seu papel na sociedade e na organização política, sobre a forma adequada da organização e operação do sistema legal e, também, sobre como o direito deve ser produzido, aplicado, estudado, aperfeiçoado e ensinado.

É muito comum se ouvir falar que os sistemas da civil law são caracteristicamente sistemas de normas codificadas, enquanto que os sistemas da common law não são codificados e baseiam-se em grande parte em decisões judiciais precedentes, o que não é verdade.

É provável que haja em um estado norte-americano pelo menos tanta le-

8 SPLEGLER, Fabiana Marion. Os (Des)Caminhos da Jurisdição / Fabiana Marion Spengler; Paulo de Tarso Brandão – Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 47.

9 CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador. Coimbra: Coimbra Editora, 2001; MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de (org). Canotilho e a Constituição Dirigente. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

gislação quanto às encontradas aqui no Brasil. Assim como ocorre aqui, a legislação produzida validamente nos Estados Unidos tem força normativa, e espera-se dos juizes que a interpretem e apliquem no espírito em que foram aprovadas. A quantidade de legislação e o seu grau de autoridade não são critérios úteis para distinguir os sistemas da common law e da civil law, nem mesmo a existência de “códigos” pois a Califórnia tem mais códigos que muitos países da civil law e nem por isso é uma jurisdição sob este sistema.

Não há como um código ser por todo completo. Uma rápida consulta à jurisprudência mostra-nos que as cortes, a todo o momento, estão preenchendo vazios legislativos, fazendo com que, muito embora o texto legal permaneça inalterado, o seu significado e aplicação com frequência mudem em resposta às pressões sociais e novos problemas surgem sem que sequer tenham sido tangenciados pela legislação preexistente.

Diante disso é que necessário refletir sobre todo esse ativismo, sobre este “justicialismo” sobre até onde é cabível a discricionariedade judicial e até onde pode ir a judicialização da política.

2 NEOCONSTITUCIONALISMO: O ATIVISMO JUDICIAL COMO FENÔMENO JURÍDICO DO PÓS-POSITIVISMO

O novo direito constitucional encontra seu espaço com o fim da segunda guerra e a hegemonia da Constituição, bem como com o advento do pós-positivismo e ascensão dos direitos fundamentais e dos princípios que sustentam a Magna Carta e da decadência do constitucionalismo liberal.

Ele se relaciona claramente com a participação efetiva dos magistrados no controle da constitucionalidade, tendo como justificativa consignada por alguns autores a necessidade de imunização contra a possível ação danosa do processo político majoritário.

Todavia, essa participação ativista dos magistrados torna-se incongruente frente ao déficit democrático que carregam os membros do poder judiciário em sua figura, uma vez que seu cargo não tem origem em um processo de escolha democrática.

Em razão disso, muitos tem se debruçado em (d)escrever esse “novo” fenômeno, novo no sentido de que somente de alguns anos para cá tem sido tão destacado pela comunidade jurídica.

Não nos resta dúvida de que as decisões “ativistas” são pautadas pela falta de legitimidade, ao contrário daquelas que surgem com base nos princípios ou garantias constitucionais ou na complementação de uma norma vaga e imprecisa.

Lênio Luiz Streck, Luis Flávio Gomes e outros autores há muito vem combatendo esse Ativismo Judicial, tecendo duras críticas a essa postura ativa dos magistrados. Torna-se importante esse contraponto principalmente em razão de vir, sistematicamente, ganhando corpo e voz a justificativa de se preencher essa

lacuna existente pela falta de comprometimento ou visão política do Poder Executivo e Legislativo em resolver lides sociais individuais e coletivas.

Na obra “Verdade e Consenso”¹⁰ Streck ao apresentar os elementos para a (pré)compreensão de sua obra, como ele mesmo intitula, nos faz refletir sobre as seguintes indagações: Seria verdade que esse Ativismo Judicial seria fruto dessa falta de comprometimento ou visão política do Poder Executivo e Legislativo? Estaria o poder judiciário adotando postura mais ativa nas decisões que são proferidas em razão da inércia tanto do Legislativo como do Executivo com o comprometimento como os direitos e garantias fundamentais?

Muitos admitem essa hipótese, ou seja, que esse Ativismo Judicial ter ganhado força com a inércia dos demais Poderes; inércia esta que, para alguns, estaria comprometendo a eficácia dos princípios e direitos fundamentais inseridos no texto constitucional.

Afirmar que o Ativismo é uma construção da inércia dos demais poderes é uma afirmação muito simplista, embora também correta. Como bem observa Streck¹¹ desde a Escola do Direito Livre, passando pela Jurisprudência dos Interesses, pelo normativismo Kelseniano, pelo positivismo moderado de Hart, até chegar aos autores argumentativistas como Alexy, há um elemento comum: o fato de que, no momento da decisão, sempre acaba sobrando um espaço “não tomado” pela “razão”; um espaço que, necessariamente, será preenchido pela vontade discricionária do intérprete juiz.

Esse ativismo está inserido, principalmente, no que atualmente se denomina neoconstitucionalismo, ressaltando as críticas existentes sobre essa nomenclatura¹². Todavia, para os fins acadêmicos, utilizaremos essa terminologia neoconstitucionalismo. Autores que se instituíram neoconstitucionalistas sintetizaram como fatores marcantes desse movimento as seguintes características:

10 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas* – 4. ed – São Paulo: Saraiva, 2011.

11 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas* – 4. ed – São Paulo: Saraiva, 2011.

12 Lenio Streck observa que o termo “neoconstitucionalismo” pode ter-nos levado a equívocos pois nos leva à jurisprudência da valoração e suas derivações axiologistas, temperadas por elementos provenientes da ponderação alexyana. Diz que sob a bandeira “neoconstitucionalista” defendem-se, ao mesmo tempo, um direito constitucional da efetividade; um direito assombrado pela ponderação de valores; uma concretização ad hoc da Constituição e uma pretensa constitucionalização do ordenamento a partir de jargões vazios de conteúdo e que reproduzem o prefixo neo em diversas ocasiões, como: neoprocessualismo e neopositivismo. Desse modo, afirma que o neoconstitucionalismo representa apenas a superação do paleojuspositivismo (Ferrajoli) na medida que nada mais faz do que afirma as críticas antiformalistas deduzidas pelos partidários da Escola do Direito Livre, da Jurisprudência dos Interesses e daquilo que é a versão mais contemporânea desta última, ou seja, da Jurisprudência de Valores. Por esta razão é que Streck passa a nominar o neoconstitucionalismo de Constitucionalismo Contemporâneo.

(i) Constituição como centro e a fonte norteadora de todo ordenamento jurídico, gerando, por conseguinte, uma “constitucionalização do Direito”; (ii) o reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e sua efetiva utilização nas hipóteses de aplicação do Direito ao caso concreto; (iii) substituição do formalismo da subsunção pela ponderação; (iv) concretização da influência da Moral, da Ética e do primado da Justiça no Direito; e (v) o ativismo judicial¹³.

Aqueles que seguem a corrente do neoconstitucionalismo dirão que o Ativismo Judicial permite ao magistrado aplicar a Constituição Federal em questões que comprometam a efetividade dos direitos fundamentais.

No Brasil, especificamente, o marco histórico do movimento neoconstitucionalista é a promulgação da Constituição da República de 1988, que rompeu com o Estado autoritário brasileiro para consagrar um Estado Democrático de Direito.

Luis Roberto Barroso, em seu artigo Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática diz que o constitucionalismo moderno ganhou contorno no fim do século XVIII, com o advento das constituições estadunidense e francesa— agora escritas e rígidas – dos Estados Unidos da América em 1787, e da França em 1791. Tais documentos assinalam, derradeiramente, a separação de poderes. Nesta fase, começa a surgir o movimento pós-positivista, pautado, principalmente, nos princípios jurídicos, em detrimento da análise fria do normativismo exacerbado. Insurge-se, assim, a ideia de que os princípios, sejam eles explícitos ou não, fazem parte da constituição material, devendo, portanto, ser observados ainda que não expressos no texto constitucional¹⁴.

Todavia, para Streck, o termo Ativismo Judicial, cunhado principalmente pelos adeptos da corrente neoconstitucionalista, diz que este termo não vem sendo empregado no Brasil de forma correta - *tabula rasa*¹⁵ - ao não se levar em conta, quando comparamos com o Ativismo Judicial praticado nos Estados Unidos que a discussão sobre o governo dos juízes e sobre o ativismo neste País acumula mais de 200 anos de história e, também, ao não levar em conta de que lá não se pode considerar que o ativismo sempre foi algo positivo.

No citado artigo Barroso¹⁶ conceitua Ativismo Judicial como sendo:

...uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

13 D'ALMEIDA, Thiago Mello. Neoconstitucionalismo: Origens e aspectos relevantes. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3738, 25 set. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25205>>. Acesso em: 28 set. 2014.

14 www.plataformademocratica.org/Publicacoes

15 Lênio Luiz Streck utiliza essa expressão para dizer que o instituto do Ativismo Judicial é empregado de forma equivocada no Brasil.

16 www.plataformademocratica.org/Publicacoes

Para o atual Ministro da Suprema Corte Constitucional a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes.

Em outras palavras, Ativismo Judicial nada mais é do que a forma escolhida pelo Poder Judiciário para promover a pacificação do conflito nos casos de descaso/inércia do Poder Executivo e Legislativo.

Para essa corrente, o ativismo não é violador dos princípios constitucionais do direito. Aqueles que compartilham dessa compreensão entendem que se a todos é assegurado o direito de ação, a todos também é assegurado o direito a resposta, havendo, neste viés fundamento legal para legitimar esta atividade ativista pacificadora.

Todavia, não se pode, no entanto, confundir o acesso ao judiciário que a todos é permitido em razão de lesão ou ameaça a um direito com a intromissão do Judiciário na função legislativa ou executiva.

Dizem ainda, que o Ativismo Judicial não deve ser considerado com algo ofensivo ao Estado de Democrático e Social de Direito, mas tão somente um dever-poder a ser utilizado de forma coerente para combater desigualdades quando sempre existir a necessidade respeitando sempre os limites constitucionais.

Porém, não nos parece correto dizer o ativismo judicial faz parte da prerrogativa do magistrado de solucionar a lide através da decisão judicial, pois está ela atrelada a atividade do magistrado que ao decidir exercita seu Poder Discricionário onde sua escolha sempre respeitará os fundamentos constitucionais.

3 ATIVISMO JUDICIAL X DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

Como vimos, é inconteste que no plano da efetividade constitucional que os Poderes Executivo e Legislativo descuidaram-se do País ao deixar de implementar normas para uma efetiva implementação dos direitos e garantias fundamentais. Com isso, passou o Poder Judiciário a ter reconhecida uma posição de maior destaque, assumindo, por determinação constitucional, tarefas de equilíbrio e controle entre os poderes Executivo e Legislativo.

Streck afirma existir ainda hoje defesas vibrantes de ativismos judiciais com base na ideia de que, no momento da decisão o juiz tem um espaço discricionário no qual pode moldar sua vontade¹⁷.

Para Streck, discricionariedade acaba, no plano da linguagem, sendo sinônimo de arbitrariedade, discricionariedade essa que não pode ser confundida com aquela feita pelo direito administrativo entre atos discricionários e atos vinculados.

O que se discute é o grau de liberdade dado ao intérprete (juiz) em face da

17 STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas – 4. ed – São Paulo: Saraiva, 2011.

legislação produzida democraticamente, com dependência fundamental da Constituição. Isso porque, segundo Streck, é muito comum se aproximar de forma equivocada aquilo que se menciona como discricionariedade judicial daquilo que a doutrina administrativa chama de *ato administrativo discricionário*¹⁸.

Na discricionariedade judicial o julgador efetivamente cria uma regulação para o caso que, antes de sua decisão, não encontrava respaldo no direito, não há regulamentação legal a ser discutida. Assim, o que se chama de discricionariedade judicial nada mais é do que uma abertura criada no sistema para legitimar, de forma velada, uma arbitrariedade pelo Judiciário¹⁹.

E qual a razão da prática dessa discricionariedade judicial. Como já foi dito anteriormente, a ideologia revolucionária pressupunha que a legislação sistematizada seria clara, completa e coerente, reduzindo a função do juiz a de um mero aplicador da norma aos fatos, o que de fato não ocorreu.

No editorial datado de 31/8/2014, a Folha de São Paulo chama a atenção para o valor da jurisprudência dos tribunais no direito brasileiro. Ao comentar esse editorial Tercio Sampaio Ferraz Junior²⁰ diz que:

Há alguns anos, um tema importante da literatura jurídica cuidava da teoria da interpretação. Hoje, a expressão quase se substitui pela teoria da argumentação jurídica. O STF (Supremo Tribunal Federal) ocupa as páginas dos jornais com decisões sobre temas candentes na sociedade, como união homoafetiva, ficha limpa, mensalão, correção monetária da poupança etc. Argumentos jurídicos são debatidos pela opinião pública, não apenas por profissionais do direito. A impressão é a de que mudou o significado e a importância do problema da aplicação do direito. A presença midiática da jurisdição constitucional dá visibilidade a isso.

Numa tradição que vem do século 19, de origem ideológica liberal e que encara o direito como conjunto de regras dadas pelo Estado, o juiz tendia a assumir o papel conservador daquelas regras, que seriam, então, por ele interpretadas. Atualmente, a sensação é que há uma espécie de crise do paradigma do direito legislado e codificado.

Esse fato pode ser observado após algumas percepções do trabalho cotidiano do jurista. Até recentemente, por exemplo, um livro de direito constitucional não fazia referência à jurisprudência. Hoje, os manuais são repletos de menções a ela. Nas faculdades de direito, a pesquisa de jurisprudência começa a se sobrepor à doutrinária. A consequência disso é que passamos da centralidade da lei para a da jurisdição.

O problema da justificação das decisões jurídicas ganha uma importância inédita, já que o fundamento das decisões tem tido mais importância que a própria lei.

18 STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas – 4. ed – São Paulo: Saraiva, 2011.

19 Idem.

20 <http://www.conjur.com.br/2014-set-29/jurisprudencia-passou-importancia-propria-lei#author>. Acesso em 29/09/2014.

Esse importante comentário demonstra que a vontade do legislador tem pouca ou nenhuma importância vinda a ser substituída pela vontade pessoal dos magistrados. Com isso, afirmou o professor Tercio Sampaio, fez-se surgir o constitucionalismo argumentativo e de princípios, de origem anglo-saxônica. Os direitos constitucionalmente estabelecidos não são regras, mas princípios em um eventual conflito e, por isso, são objetos de ponderação, não de subsunção. Contam mais os fatos e sua repercussão, menos a validade da norma que os regula. Isso resulta numa concepção de direito como prática social confiada aos juízes, uma prática de interpretação e argumentação.

Em contraponto ao que acima comentado, John Henry Nerrunab e Rogelio Pérez-Perdomo²¹, com bastante particularidade afirmam que “o ideal de certeza da lei se torna intangível diante do fato de que existe incerteza na vida real, onde a determinação dos direitos das partes frequentemente depende dos resultados do litígio” e mais adiante “Eles (juízes) devem aplicar normas legais que raramente, ou nunca, são claras no contexto do caso, a despeito de parecerem claras do arcabouço legislativo”.

Essa falta de clareza nas regras fez permitir que o Juiz cada vez mais exercesse a função de interprete da norma, carregando nessa interpretação as transformações históricas, culturais e morais.

A discricionariedade judicial abre espaço para arbitrariedades, por isso é preciso entender mais de perto o problema envolvendo a crítica de Dworkin ao positivismo discricionário de Hebert Hart.

O conceito que São Tomás de Aquino chamou de derivação por determinação ainda hoje está presente na nossa cultura jurídica, que traduz a mesma ideia a partir da noção de discricionariedade. Utilizando a terminologia tomista, podemos definir um ato discricionário como sendo aquele que envolve uma operação de determinação - e não apenas de conclusão (dedução).

Há uma parcela de juízes que entende que quando a norma não oferece critérios objetivos para a avaliação jurídica das situações concretas poderão eles atribuir uma avaliação subjetiva da situação concreta e nesse caso teríamos um ato discricionário. Nesses casos, o agente administrativo (juiz) precisa fazer uma operação de determinação, complementando a regra geral com critérios de sua escolha, para que seja possível a aplicação da norma abstrata ao fato concreto.

Em sua conclusão Streck traz um exercício simples para ilustrar o que aqui foi dito com a seguinte indagação: “como podemos dizer que um ato foi arbitrário e que outro foi apenas discricionário? E ele mesmo responde: “no fundo, essa é uma distinção puramente abstrata, descolada do contexto concreto em que se dá a decisão, vale dizer, a caracterização de uma decisão como arbitrária ou discricionária já é, insitamente, uma escolha discricionária (ou por que não,

21 MERRYMAN, John Henry. A tradição da Civil Law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina / John Henry Merryman, Rogelio Pérez-Perdomo; tradução: Cássio Casagrande – Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009.

arbitrária?!)”

4 EFEITOS DO ATIVISMO JUDICIAL E DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA PARA O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A expansão da ação judicial é marca fundamental das sociedades democráticas contemporâneas. Esse processo de ampliação da ação judicial pode ser analisado à luz das mais diversas perspectivas: o fenômeno da normatização de direitos, especialmente em face de sua natureza coletiva e difusa; as transições pós-autoritárias e a edição de constituições democráticas.

O processo de judicialização da política está muito ligado a decadência do constitucionalismo liberal, de marca positivista, exclusivamente voltado para a defesa de um sistema fechado de garantias da vida privada. O aumento da judicialização nas diversas esferas da vida social está comprometida com uma filosofia constitucional da igualdade, da dignidade de pessoa humana e com a participação político-jurídica da comunidade.

Sendo assim, qual é o problema da judicialização? Existe o risco de o Poder Judiciário perder sua legitimidade democrática, que é indireta? Em que sentido?

Foi dito aqui que o ativismo judicial pode assumir um colorido diverso dos anseios populares, ou até contrários aos interesses do país. Hoje o Brasil está diante da Corte Suprema mais ativista do mundo, decidindo, desde o aborto em feto portador de anencefalia até o nepotismo, sem que se saiba exatamente se aqueles a quem o povo escolheu fariam leis no exato direcionamento dessas decisões.

Destaca-se que a interferência do judiciário sobre, por exemplo, as prerrogativas do legislativo, foi recentemente debatida quando do julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, das decisões do Tribunal Superior Eleitoral sobre fidelidade partidária.

É importante observar que as decisões dos juízes são democráticas na medida em que seguem aquilo que foi aprovado pelo legislador. Sempre que o Poder Judiciário inova o ordenamento jurídico, criando regras antes desconhecidas, invade a tarefa do legislador, ou seja, se intromete indevidamente na função legislativa. Isso gera um outro risco: o da aristocratização do Estado e do Direito.

O risco de todo ativismo judicial se observarmos do ponto de vista democrático e sabendo que a legitimidade do judiciário (pelo menos dos Tribunais Superiores) é indireta está justamente em se tomar decisões que venham contra a vontade do povo, que por sua vez é representado pelo legislativo.

A verdade é que como já dito, a inércia dos outros poderes, a demanda por mais leis e pela realização imediata de direitos junto ao Judiciário tem consequências cada vez maiores, e com isso, tudo se judicializa.

De toda forma não há razão para assistirmos esse Ativismo desenfreado

uma vez que a própria Constituição Federal deu ao Poder Judiciário mecanismo constitucional para fazer valer sua força por meio de instrumentos como:

- a Ação Declaratória de Constitucionalidade (EC 3/93 – art.102, I, “a”, 2ª parte e §4º. do art.103 da CF – Lei n. 9868/99), que é uma das formas de exercício de controle de constitucionalidade concentrado,

- a Ação Direta de Inconstitucionalidade (art.102, I, “a” da CF), que é o instrumento de controle direto de constitucionalidade das leis e atos normativos,

- a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, onde se requer ao Supremo a aplicação de normas constitucionais que não estariam sendo cumpridas (§ 1º do artigo 102 da Constituição Federal), regulamentado pela lei nº 9.882/99.

- o Mandado de Injunção (art.5º., inc. LXXI da CF) que é uma ação em que se pede ao supremo para decidir assuntos que o congresso não conseguiu fazer leis e se assemelha a ação direta de inconstitucionalidade por omissão,

Judicializar a política, nas palavras de Streck, não é uma mal em si. Ocorre na maioria das democracias. Judicialização é um problema de (in)competência para prática de determinado ato (políticas públicas, por exemplo), o ativismo é um problema de comportamento, em que o juiz substitui os juízos políticos e morais pelos seus, a partir de sua subjetividade.

Esse ativismo vem causando justamente o enfraquecimento de um Poder em detrimento de outro, o que se observa hoje é um contexto e um momento em que o significado de separação de poderes parece estar confuso e sem valor, pois assistimos a completa omissão dos poderes executivos e legislativos frente a assuntos que poderiam jogar a opinião pública contra eles, deixando para o judiciário e seu déficit democrático a solução de assuntos graves já que não dependem de eleição para manterem seus cargos e empregos.

A democracia só existe quando são garantidas à sociedade suas escolhas. Deve o juiz é dar à lei uma justa interpretação, ser fiel ao que o povo escolheu, e não ao que pensa ser a melhor ideia para um caso específico. Uma coisa é assegurar o que a Constituição prevê quanto a determinado direito outra é a inovação de lei ou direito não existente, inovando o ordenamento jurídico.

5. CONCLUSÃO

As sociedades democráticas contemporâneas convivem, cada vez mais, com a ampliação da ação judicial por meio da da expansão do poder dos tribunais. É por essa razão que o vínculo entre democracia e ativismo judicial vem sendo designado como “judicialização da política”. Parece-nos claro que esse ativismo pode viabilizar a quebra de limites normativos da soberania popular, por mais legítimo que seja o movimento político a dar-lhe sustentação. Uma cidadania ativa não pode, portanto, supor a ausência de uma vinculação normativa entre Estado de Direito e democracia. Ao contrário, quando os cidadãos vêm a si

próprios não apenas como os destinatários, mas também como os autores do seu direito, eles se reconhecem como membros livres e iguais de uma comunidade jurídica.

O discurso “neo” é sedutor e essencial para a construção de novas práticas, estas não menos complexas, na medida em que colocam o operador jurídico diante de saberes acumulados que, muitas vezes, em face da riqueza dos fatos, de nada servem senão para propagar o sofrimento e a injustiça. O “novo” deve se impor na medida em que mostre ser uma alternativa melhor que a velha e desde que não destrua a democracia duramente e tardiamente conquistada por aqui.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **A Política**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001; MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de (org). **Canotilho e a Constituição Dirigente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DANTAS, B. **Direito fundamental à previsibilidade das decisões judiciais**. Revista Justiça e Cidadania, edição 149, janeiro de 2013.

D'ALMEIDA, Thiago Mello. **Neoconstitucionalismo: Origens e aspectos relevantes**. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3738, 25 set. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25205>>. Acesso em: 28 set. 2014.

LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. Trad. Alex Marins, São Paulo. Martin Claret: 2003.

MERRYMAN, John Henry. **A tradição da Civil Law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina** / John Henry Marryman, Rogelio Pérez-Perdomo; tradução: Cássio Casagrande – Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009.

PELICIOLO, Angela Cristina. **A sentença normativa na jurisdição constitucional: análise da atuação do Supremo Tribunal Federal como legislador positivo** – Porto Alegre 2007.

PLATÃO. **A República**. Trad. Enrico Corvisieri, São Paulo: Nova Cultural, 2004.

SPLENGLER, Fabiana Marion. **Os (Des)Caminhos da Jurisdição** / Fabiana Marion Spengler; Paulo de Tarso Brandão – Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas** – 4. ed – São Paulo: Saraiva, 2011.

Data de Submissão: 01/05/2016

Data de Aprovação: 27/06/2016

AS MUDANÇAS PARADIGMÁTICAS NO CAMPO DA FILOSOFIA: REFLEXÕES EM BUSCA DE UMA COMPREENSÃO ADEQUADA DA HERMENÊUTICA JURÍDICA E DA IMPORTANCIA DO PAPEL DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Alessandra Villaça Gorgulho Ferretti¹

RESUMO: O presente trabalho pretende analisar como as profundas transformações paradigmáticas no campo da filosofia foram determinantes no sentido de reformular as bases para uma compreensão adequada da hermenêutica jurídica em tempos pós-modernos. Através deste olhar, inicia-se uma abordagem sintética da evolução do tema a partir do paradigma metafísico clássico, na sequência o paradigma da filosofia da consciência e sua superação pelo giro-ontológico-linguístico. Em seguida nota-se que o Direito passa a desempenhar um novo papel no Estado Democrático de Direito, rompe com o direito meramente regulador, para ingressar no modelo do direito promovedor e transformador. Por fim, compreende-se que o modelo de direito de promoção e transformação social se relaciona a um caráter hermenêutico do direito, representado por uma exigência maior no desenvolvimento da função da jurisdição constitucional que vai desaguar no embate entre substancialistas e procedimentalistas.

PALAVRAS-CHAVE: Hermenêutica Jurídica. Jurisdição Constitucional. Transformações nos Paradigmas Filosóficos.

ABSTRACT: This paper intends to analyze how the deep paradigmatic changes in the field of philosophy were instrumental towards reformulating the foundation for a proper understanding of legal hermeneutics in post - modern times. Through this look, starts a synthetic approach to the development of the theme from the classic metaphysical paradigm, following the paradigm of the philosophy of consciousness and overcoming the spin - ontological -linguistic. Then we note that the law comes to play a new role in a democratic state, broke with merely regulatory law, to enter the model of the right and a promoting transformer. Finally, it is understood that the model of law promotion and social transformation relates to a hermeneutic character of law, represented by a higher requirement in the development of the function of the constitutional jurisdiction that will empty into the clash between substantialists and proceduralists.

¹ Mestre e Doutoranda em Direito na Universidade Estácio de Sá (UNESA). Professora de Processo Penal na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ) e Universidade Estácio de Sá (Unesa). Advogada.

KEYWORDS: Changes in Philosophical Paradigms. Constitutional Jurisdiction. Legal Hermeneutics.

INTRODUÇÃO

A questão da verdade está associada à problemática do conhecimento e os modelos de pensamento têm ligação direta com as concepções da verdade.

Cabe identificar três fases distintas na trajetória que vai do *mithos* ao logos: a primeira como manifestação ontológica primeira, a segunda consubstanciada em uma filosofia prática e do sujeito, e, finalmente, a mudança de percepção levada a cabo pelo giro linguístico.

Essas profundas transformações ocorridas no campo dos paradigmas filosóficos foram determinantes no sentido de reformular as bases para uma compreensão adequada da hermenêutica jurídica em tempos pós-modernos.

Com efeito, isso significa alçar a reflexão a um ponto de chegada inexorável de que o direito deve assumir um novo papel no Estado Democrático de Direito, partindo da compreensão que o direito deve ser mais do que uma racionalidade meramente instrumental, e verdadeiramente um modo de compreender (modo-de-ser).

Deve ser deslocada a superada perspectiva de um direito meramente regulador, para ingressar no modelo do direito promovedor e transformador social, esse o ponto que guarda estreita relação com o caráter hermenêutico do direito, representado por uma exigência maior no desenvolvimento da função da jurisdição constitucional que vai desaguar no embate entre substancialistas e procedimentalistas.

1 AS PROFUNDAS TRANSFORMAÇÕES NOS PARADIGMAS FILOSÓFICOS

Inicialmente, a busca pela verdade e o olhar que pudesse descortinar a essência das coisas, foi durante muito tempo o compromisso da filosofia.

Em lição elucidativa, Lênio² cita Platão, sob as lentes de Sócrates que identifica duas teses acerca de como a verdade era concebida; o naturalismo, em que cada coisa tem nome por natureza e o convencionalismo, onde a ligação do nome com as coisas é absolutamente arbitrária e convencional.

Para melhor compreensão da história da filosofia, na metafísica clássica, os sentidos estavam nas coisas, pois nelas há uma essência.

A primeira fase caracterizava pela noção de uma ordem por vezes até dinâmica, porém imutável, diante da estatuição de leis naturais plenamente dirigidas pela natureza ou pela autoridade divina. A verdade derivava de um momento de

² STRECK, Lênio Luiz. O que é isto- decido conforme minha consciência. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010, p. 11.

iluminação, ligada à essência das coisas mesmas, logo, acessível a poucos espíritos.

Aristóteles é quem concebe a metafísica como ciência primeira a partir da qual vai fornecer a todas as outras o fundamento comum. Funciona como o objeto o qual todas se referem e os princípios delas reitores.

Nesse quadro de ideias, a metafísica clássica é a ontologia, doutrina que estuda os caracteres fundamentais do ser, aquilo sem o qual algo não é.

Na filosofia medieval, no final dos séculos XIII e XIV, com Duns Escoto e Guilherme de Ockham³ o panorama já não é o mesmo, pois a situação de equilíbrio entre filosofia e teologia como aparecia em Santo Tomás vai se romper. Vale observar, que se a distância entre as duas disciplinas já é grande em Escoto, muito maior revela-se em Ockham. Nota-se que a teologia acaba por ser reduzida ao que nós é dado por revelação, de um modo sobrenatural, ao passo que, tudo o que a razão entende naturalmente é assunto da filosofia. Ressalte-se que a história do final da Idade Média e da época moderna é a progressiva dissociação entre o mundo da natureza e o da graça, e o esquecimento do velho princípio *gratia naturam non tollit, sed perficit*⁴. Nesse sentido, a teologia não é especulativa, mas na verdade prática. Apaga-se continuamente a teologia rationis para em seu lugar emergir apenas a teologia fidei. Assim, a ratio, o lógos, se afasta totalmente do théos.

Com Ockham⁵ tudo o que era apontado em Duns Escoto é levado ao extremo. A teologia tem uma extensão ainda maior, mas não como ciência racional, pois as verdades da fé são inacessíveis à razão, e a filosofia nada tem a fazer com elas. Segundo o pensador, Deus não é razão. Esta é algo que só tem valor no “foro íntimo” do homem. Nesse momento se inicia o processo que se chama de a perda de Deus, cujas etapas são as da época moderna.

Ockham é nominalista, e no que se refere à questão dos universais, não tem realidade nem nas coisas nem na mente divina, são abstrações do espírito humano, conceitos ou termos: *conceptus mentis significans univoce plura singulariza*. A ciência trata dos universais e, portanto, não é ciência de coisas, mas só de signos ou símbolos.

Ockham é o extremo da tendência franciscana da filosofia medieval. O homem, separado do mundo desde o cristianismo, fica agora sem Deus. Escreve Zubiri⁶: “Portanto, só, sem mundo e sem Deus, o espírito humano começa a se sentir inseguro no universo”.

São pensadores idealistas como René Descartes, com o seu cogito e Imma-

3 MARÍAS, Julián. Historia da Filosofia. Prólogo de Xavier Zubiri; epílogo de José Ortega y Gasset; tradução Cladia Berliner; revisão técnica Franklin Leopoldo e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p.193-194.

4 MARÍAS, op. cit., p.192.

5 Idem, op. cit., p.194.

6 Idem, op.cit.,p.195.

nel Kant, com sua teoria transcendental do conhecimento, que vão impulsionar a transição do paradigma da metafísica clássica para o paradigma da subjetividade (filosofia da consciência), pois até então, a compreensão do ser estava atrelada à qualificação das coisas, com isso havia uma relação real entre ser e essência, o que acabava por conformar o sentido das coisas à dependência dos objetos, que alinhados a essa compreensão tinham essência, razão pela qual assumia destaque sua revelação.

Com a ruptura histórica trazida pela modernidade opera-se a superação do realismo filosófico indo a filosofia buscar uma explicação sobre os fundamentos do homem, é o período do Iluminismo conhecido pelo século XVIII, o século das luzes, onde o homem não se sujeita mais às estruturas. É o nascimento da subjetividade. O mundo passa a ser explicado e fundamentado pela razão. É o que se denomina de esquema sujeito-objeto.

No século XX, com o *linguistic turn*⁷, rompe-se, novamente, com paradigma da filosofia da consciência, pois o giro linguístico é concebido como a invasão que a linguagem promove no campo da filosofia transferindo o próprio conhecimento para o âmbito da linguagem, onde o mundo se descortina. É na linguagem que se dá a ação e é nela que se opera o sentido e não na consciência de si do pensamento pensante. O sujeito surge na linguagem e pela linguagem, cabendo falar a partir dessa premissa na morte da subjetividade “assujeitadora”⁸, e não na morte do sujeito da relação de objetos.

Com o giro ontológico-linguístico⁹, o sujeito não é fundamento do conhecimento, mas de acordo com uma compreensão de caráter ontológico, nós somos, enquanto seres humanos, entes que já sempre se compreendem a si mesmo e, assim, o compreender é um existencial da própria condição humana, eis aí o círculo hermenêutico-ontológico.

7 STRECK, Lênio Luiz. O que é isto- decido conforme minha consciência. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010, p. 14. O autor faz esclarecimento importante para a compreensão da ideia, tendo por base o fato do giro ou guinada não se sustentar somente no fato de que, agora, os problemas filosóficos serão linguísticos, em função da “invasão” da filosofia pela linguagem. Elucida ainda, Lênio que na Epistemologia, conhecida como teoria do conhecimento, existe a descoberta de que, para além do elemento lógico-analítico, pressupõe-se sempre uma dimensão de caráter prático-pragmático, que segundo Heidegger, isso pode ser visto como a partir da estrutura prévia do modo de ser no mundo ligado ao compreender. Essa mesma ideia em Wittgenstein, caracteriza-se por ser uma estrutura social comum, os jogos de linguagem que proporcionam a compreensão. Daí a razão, desses dois filósofos terem representado os corifeus dessa ruptura paradigmática.

8 Idem. op.cit.,p.15. Nesse ponto, é válida a nota feita pelo Professor Lênio Streck, em sua obra, no sentido de ser feita uma leitura equivocada do giro linguístico, quando se confunde a subjetividade com o sujeito presente em todo ser humano e em qualquer relação de objetos. Cabe esclarecer, que quem morre é o sujeito atrelado ao paradigma da filosofia da consciência, o sujeito solipsista.

9 Idem. op.cit. p.15. Denominação dada por Lênio para explicar a expressão.

A partir desse entendimento, a ontologia com origem na tradição hermenêutica vai estar ligada a um modo de ser e a um modo de operar do ser humano. Essa a razão pela qual Gadamer reconhece que Heidegger só ingressa na questão da hermenêutica, bem como as críticas históricas visando desenvolver que a interpretação só pode funcionar tendo como pressuposto a preestrutura da compreensão, ou seja, a ontologia relacionada à questão da hermenêutica está umbilicalmente ligada a pré-compreensão, elemento prévio de qualquer manifestação do ser humano mesmo na linguagem.

O ponto é destacado com a curial percuciência de Lênio¹⁰, eis a chave do problema, pois mesmo que o elemento lógico-explicativo se apresente do modo como se apresenta nas teorias analíticas, vale dizer, com a dispensa do mundo vivido, ele já sempre está operando com uma estrutura de sentido que se antecipa ao discurso e representa a sua própria condição de possibilidade. Por isso, é necessário compreender que o elemento lógico-analítico já pressupõe sempre o elemento ontológico-linguístico.

Essa deve ser a compreensão do que se designa por viragem ontológico-linguística, onde a charada para o entendimento é de que o sentido não estará mais na consciência (de si do pensamento pensante), mas na linguagem como algo que produzimos e que funciona como condição de possibilidade de estarmos no mundo. A relação que é estabelecida não se opera diretamente com os objetos, mas, a partir da linguagem, mediada pela cadeia de significantes e significados chamado pela filosofia hermenêutica de mundo. O conceito de mundo não envolve a cosmologia ou o mundo natural, mas o mundo enquanto instância e espaço onde o significado é encontrado e produzido no contexto de um *a priori* compartilhado¹¹.

Através desse novo paradigma, a linguagem não pode ser mais entendida como uma terceira coisa colocada entre o (ou um) sujeito e o (ou um) objeto, mas, sim como condição de possibilidade. A linguagem é o que está dado, sem resultar do produto de um sujeito solipsista, isto é, aquele que construía o seu próprio objeto de conhecimento.

A concepção de linguagem como experiência construtiva de mundo dá-se com a difusão do giro linguístico; em sendo a linguagem a prática social, também a produção de qualquer sentido o será. A estabilização de sentidos, dentre eles a verdade, ficará estruturada em consensos sociais prévios, os quais configuram e ao mesmo tempo são temas da argumentação. A linguagem vai se fundamentar em uma prática social que se harmoniza com uma forma de vida, isto é, dotada de cultura e historicidade. Proposições passam a constituir linguisticamente o

10 STRECK, Lênio Luiz. O que é isto- decido conforme minha consciência. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010, p. 16.

11 Idem. op.cit. p.19. Lênio, com suporte em Ernildo Stein, explica que esse a priori compartilhado deve ser tratado como um transcendental histórico.

mundo, mas um mundo da vida¹².

2 O DIREITO COMO UM MODO DE COMPREENDER (MODO-DE-SER)

A análise da questão pode ser delimitada com a apresentação do cenário em cujo embate se assenta, nossa sociedade complexa e imersa ao fenômeno da globalização, o positivismo e o que designou a teoria jurídica contemporânea por neoconstitucionalismo.

Deve ser registrado que é nessa ambiência social díspar e carente de realização de direitos que a discussão sobre a metodologia representada pela tríplice perspectiva de como se interpreta, como se aplica e se é possível alcançar condições interpretativas constitucionalmente adequadas, vai assumir especial relevo.

Não se pode descurar que a crise de efetividade que passa a Constituição só faz refletir a abissal crise de paradigmas que atravessa o direito, tudo isso levado em conta uma dogmática jurídica que se mostra refém de um positivismo exegetic-normativista, resultado de uma mixagem de vários modelos jusfilosóficos e que guardam em comum a resistência positivista, diante da eleição ao velho esquema do sujeito-objeto.

Com a Constituição de 1988 se inaugura um novo momento político e jurídico, fundado na democracia e no Estado de Direito, esse novo modelo de Estado determina um novo modo de dar funcionalidade ao direito, com conseqüências condicionantes do modo como deve operar os profissionais do direito, isto porque, a função transformadora e promotora que o direito passará a desempenhar terá íntima relação com a atividade a ser realizada por aquele.

Nessa linha Streck¹³, destaca que o constitucionalismo, exurgente do Estado Democrático de Direito, com o perfil compromissário, dirigente e vinculativo constitui a ação do Estado!

Verifica-se, assim, o processo de democratização do direito.

A democracia deve ser encarada como um sistema político-cultural que valoriza o indivíduo frente ao Estado, manifestando-se em todas as esferas da complexa relação que circunda o Estado-indivíduo.

Devemos compreender a sociedade dentro de uma perspectiva de coexistência e não como um ente gigantesco, em que os indivíduos seriam suas meras células, devedores em uma irrestrita obediência. A idéia da sociedade como um ente superior da qual dependeriam os homens, já fora, há muito deixada para traz. Inicialmente foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos e depois nossa própria Constituição de 1988 que consagraram algumas limitações indispensá-

12 CITTADINO, Gisele. Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

13 STRECK, Lênio Luiz. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001.

veis à coexistência não tolerando a submissão do homem à sociedade.

A título de reforço, vale destacar o pensamento de Bobbio¹⁴ que diz, que na atualidade, impõe-se uma postura mais liberal na relação Estado-indivíduo, vindo em primeiro lugar o indivíduo, para só, depois, pensarmos no Estado. Complementa ainda, enfatizando que o Estado não pode ser visto como um fim em si, na verdade, a existência dele só estará justificada enquanto puder servir de meio a uma finalidade maior que é a tutela do homem e de seus direitos fundamentais, pois alvitrado o bem comum da coletividade considerada e do indivíduo singularmente.

Assim fica claro notar que o Direito passa a desempenhar um novo papel no Estado Democrático de Direito, deve-se criar uma ruptura com o direito meramente regulador, para que possamos ingressar no modelo do direito promovedor e transformador.

Como bem pondera Daniel Sarmiento¹⁵ mostra-se fundamental articular novas estratégias e abordagens para enfrentar os graves problemas de justiça social e opressão que afligem a Humanidade, pois se a mão invisível do mercado não é suficiente para assegurar a efetividade dos direitos fundamentais a toda comunidade, parece claro que confiar apenas no Estado para a realização dessa tarefa não pode ser algo a que se possa esperar como possível ou viável.

Completa ainda, Sarmiento, destacando que efetivamente os mecanismos compensatórios do Welfare State como política institucional a possibilitar a correção de distorções sociais, marcadas por forte injustiça, na fase do liberalismo econômico foram um fiasco, pois, além dos graves problemas de financiamento, o Estado-Providência, quando não dinamizado por mecanismos de efetiva e intensa participação da sociedade, acabou por produzir uma clientela de apáticos administradores e um aparelho estatal burocrático, que se auto-mutila e destrói as próprias bases da cidadania.

Para Lênio Streck¹⁶ a perspectiva de um modelo de direito de promoção e transformação social se relaciona a um caráter hermenêutico do direito, representado pelo clamor no desenvolvimento da função da jurisdição constitucional considerada à circunstância de não ser possível ao legislador antever todas as hipóteses de aplicação.

Essa questão enfoca uma abertura sinalizada por demandas envolvendo direitos fundamentais e a resignificação do constitucionalismo com uma nova compreensão dos princípios, invadindo o espaço reservado à regulamentação le-

14 BOBBIO, Noberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília, Polis, 1991.

15 SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. 2ed. Lumen Júris, Rio de Janeiro, 2006.

16 STRECK, Lênio Luiz. Verdade e consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 2 ed. Lumen juris, Rio de Janeiro, 2008.

gislativa e, por outro lado, o fechamento no sentido de limitar o poder hermenêutico dos juízes.

Em um Estado democrático de direito se busca a concretização de direitos, por isso, é necessário superar a ficção provocada pelo positivismo jurídico que afastou do jurídico à realidade da sociedade.

Emerge a consciência da Constituição integrada por regras e princípios, sendo os últimos, promessas da modernidade contida no modelo do Estado democrático e social de direito. A moral é incorporada ao Direito com a positivação de princípios.

O fenômeno do neoconstitucionalismo reelabora o papel da Constituição que passa a condicionar tanto a legislação quanto a jurisprudência e doutrina à ação dos agentes públicos e influenciar diretamente nas relações sociais.

Aflora a discussão sobre o papel da jurisdição constitucional, que vai desaguçar no confronto entre substancialistas e procedimentalistas.

A escolha paradigmática vai se assentar em duas premissas: fundamentar/justificar discursos ou compreendê-los fenomenologicamente, o que significa conceber a verdade como possibilidades de respostas conteudísticas ou encará-la como a obtenção de um consenso traduzível na possibilidade de respostas procedimentais.

Diante do que significou a revolução copernicana que atravessou o direito, o estudo das diversas teorias jusfilosóficas tem o objetivo maior de buscar respostas para como construir um discurso capaz de dar conta das complexidades, sem cair no decisionismo e discricionariedades dos intérpretes.

A interpretação jurídica vai implicar uma disputa de paradigmas como assinalado por Lênio¹⁷ ao citar Marcelo Cattoni. O neopositivismo, fonte para construção de metalinguagens e discursos analíticos, centrou suas críticas às insuficiências da linguagem natural, propondo a construção de uma linguagem artificial visando assim uma neutralidade científica. A razão para construção de uma linguagem artificial é que a linguagem natural não se apresenta confiável para abarcar as complexidades do discurso científico. Aponta-se para a insuficiência da tradição, em que Habermas¹⁸ vai destacar sua teoria comunicativa capaz de superar a linguagem “sistematicamente distorcida” da tradição. Para ele a linguagem da tradição não se mostrava adequada para compreensão das formas de “comunicação sistematicamente distorcidas” em função da tradição.

Em sentido oposto, Gadamer¹⁹ quer resgatar o valor da tradição, colocando a pré- compreensão como condição de possibilidade. Essa pré-compreensão

17 Ibidem.

18 HABERMAS, Jurgen. Teorias de la verdad (1972). In: Teoria de la acción Comunicativa: Complementos y Estudios Previos. Madrid: Ediciones Cátedra, 1997.

19 GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método I – Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 9ª edição. Rio de Janeiro: Editora Vozes; São Paulo, Editora Universitária São Francisco, 2008.

está eivada de faticidade, do modo prático de ser no mundo que Heidegger havia percebido para superar a metafísica representacional.

Lênio destaca a importância desse debate no sentido de que o novo paradigma do Direito instituído pelo Estado Democrático de Direito resulta na superação do direito como unicamente sistema de regras, pois o Direito passa a ser enxergado como sistema de princípios e regras, o que se introduz no discurso constitucional e se mostra como conceder efetiva possibilidade de resgate do mundo prático (faticidade) o que era negado pelo positivismo.

Convém ressaltar, que no positivismo o mundo prático se centra no sujeito autocentrado e desdobrado sobre as palavras possíveis, gerando um exorcismo da realidade, pois ela deve ser mantida distante.

Calsamiglia, cuja referência é dada por Lênio, diz que a preocupação das teorias pós-positivistas se dá com a indeterminação do direito nos casos difíceis.

O positivismo sempre dependeu de uma teoria da adjudicação, considerando o fato de não valorizar a teoria da interpretação, sempre deixando aos juízes a escolha dos critérios a serem utilizados nos casos complexos.

Para o pós-positivismo, uma teoria de interpretação não dispensa a valoração moral, o que é vedado no positivismo, que separa direito e moral.

Segundo Lênio, o paradigma neoconstitucionalista propõe a alteração no plano da teoria das fontes, da norma e das condições para a compreensão do fenômeno de acordo com um Estado Democrático de Direito, em que o direito e a jurisdição constitucional assumem um papel que vai muito além dos “planos” do positivismo e do modelo de direito dele decorrente.

O neoconstitucionalismo é um fenômeno de superação do positivismo, eis que fundado na democracia e Estado de Direito, condicionando um novo papel a ser exercido pelo direito, que assume caráter compromissário e transformação social.

O neoconstitucionalismo ao ligar a política ao direito, representa uma justificação política-ideológica que rompe com o modelo de constitucionalismo liberal, além de romper com o positivismo.

O neoconstitucionalismo nasce a partir de um novo momento da dogmática e pensamento constitucionais que, sem manter uma uniformidade consegue reunir perspectivas inovadoras da teoria constitucional.

Quem bem analisa essa passagem é Schier²⁰ quando esclarece que vivemos com um Direito, por longo período de tempo sob o manto da escuridão e poeira do positivismo jurídico, já não era sem tempo, que a espera do abaixo a ditadura dos sistemas rígidos de subsunção, da forte dicotomia entre direito e moral, da idéia do juiz neutro e passivo, da redução do direito a enunciados lingüísticos,

20 SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da Filtragem Constitucional no momento do Neoconstitucionalismo. Revista Eletrônica de Direito o Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n4, outubro/novembro/dezembro, 2005. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>

da repulsa aos fatos e à vida relativa a tudo que se mostrasse jurídico, da separação entre sujeito e objeto de interpretação, da preponderância incontornável das escolhas do legislador em detrimento das opções da constituição, e por fim, da negação da criatividade hermenêutica do juiz, bem como da negativa de normatividade aos princípios, devia chegar. Na verdade, esse direito era a negação da própria Constituição.

Nessa mesma linha de pensamento, Susanna Pozzolo²¹ preconiza que o neoconstitucionalismo não se apresenta como uma espécie de dois gêneros usada para dividir o pensamento jurídico moderno, juspositivismo e jusnaturalismo, mas como uma terceira categoria que não tem por objetivo recomendar nenhuma alteração ou adaptação a qualquer uma das duas outras perspectivas.

O discurso neoconstitucionalista, na visão da autora, se desenvolve sob muitos e diversos aspectos do panorama teórico podendo ser aplicado a questões teóricas gerais, tais como, a diferença entre regras e princípios, interpretações de leis, questões políticas e filosóficas tais como recurso do estado e do direito em uma sociedade liberal democrática.

Deve ser compreendido, então, o neoconstitucionalismo como uma visão jusfilosófica que se propõe a uma mediação entre o juspositivismo e o jusnaturalismo, a eliminar a imperfeição do legalismo juspositivista. Se mostra, assim, como uma política constitucional, a indicar como o direito deve ser e oferecendo uma versão sobre princípios constitucionais e direitos fundamentais.

Cumpra mencionar que a noção de constitucionalismo compromissário e dirigente traz para a constituição temas que antes ficavam reservados à esfera privada, vindo a Constituição a publicizar os espaços antes reservados aos interesses privados, indicando que essa publicização ocorre a partir da assunção de uma materialidade, espaço ocupado pelos princípios.

Lênio, mais uma vez, esclarece que com a alteração da teoria das fontes, os princípios vêm propiciar uma nova teoria da norma, onde atrás de cada regra há, agora um princípio que não a deixa se desvencilhar do mundo prático, então o esquema sujeito-objeto cede espaço a um novo paradigma interpretativo.

3 A IMPORTÂNCIA DO PAPEL DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: O EMBATE ENTRE OS PROCEDIMENTALISTAS E SUBSTANCIALISTAS COMO EXPRESSÕES DAS DUAS OPÇÕES PARADIGMÁTICAS

A evolução da Teoria do Estado ao caminhar conjuntamente com a Constituição implica a politização da Constituição, pois ao sair do normativismo constitucional passa a buscar a teoria material da Constituição, o que importa na imbricação entre Constituição e Política, sendo o Estado Democrático de Direito o

21 POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo e Positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição. São Paulo: Landy editora, 2006.

locus desse evento.

Diante dessa perspectiva, transparece que a dimensão política da Constituição não pode ser concebida como algo apartado, mas sim a revelar-se como ponto convergente às dimensões democráticas, liberal e social do momento constitucional do segundo pós-guerra.

Lênio²² ao destacar Hans Peter Schneider menciona que “A Constituição é direito político: do, sobre e para o político”.

A partir desse quadro assume importância realçar a dimensão sobre o tipo de justiça constitucional incumbida de proceder ao controle constitucional da legislação de cada país.

O constitucionalismo que se vai delinear com a revolução copernicana passa a implicar uma abertura à atuação da justiça constitucional exigindo um efetivo controle no processo de interpretação da constituição.

A força normativa da constituição, com sua atuação dirigente e compromissária aponta sua direta relação com o desempenho da justiça constitucional, mormente em dar concretude à efetivação dos direitos fundamentais sociais disciplinados em nossa carta política.

Sem dúvida que o intervencionismo da justiça constitucional não escapa a certa apreensão, dado que fica, bem perceptível, nas idéias de Habermas e Hart, autores de perfil procedimental, que se opõem aos filósofos de perfil substancial.

Com efeito, a legitimidade do Poder judiciário será alvo de constante questionamento exatamente em razão do fato de ostentar o poder de desconstituir atos normativos do Executivo, bem como proceder à declaração da inconstitucionalidade de leis votadas pelo parlamento eleito em processo democrático pelo povo.

Clara é a compreensão de que o grau de concretização que uma Constituição pode assumir terá nítida relação com o papel que será realizado pela jurisdição constitucional a adotar uma das duas posturas designadas pela doutrina como opções paradigmáticas; a saber, de um lado, as teorias procedimentais, e de outro, as teorias materiais-substanciais.

Para os substancialistas que enfatizam a regra contramajoritária, a teoria material determinará o reforço da relação Constituição-democracia. Os procedimentalistas, por outro lado, vão entender que quanto maior for à intervenção do judiciário, mais frágil estará a democracia, diante da ausência de legitimidade da justiça constitucional.

Em relação à outra parcela da doutrina o ponto nevrálgico das teorias processuais-procedimentais deriva do fato delas circunscreverem ao procedimento o modo ideal de operar a democracia, universalizando sua aplicação, produzindo o entendimento de que os procedimentos geram a garantia da aceitabilidade das decisões.

O sentido de verdade é concebido como um consenso racional que vai fundamentar a validade de um enunciado normativo obtido através de condições

22 op. cit.

ideais de comunicações, como um processo de idealização necessária. A verdade é caracterizada pela via argumentativa.

De acordo com a linha defendida pelos adeptos das teorias materiais-substanciais da Constituição, a concretização dos direitos fundamentais-sociais mostra-se como condição de possibilidade da validade da própria Constituição, o liame que vincula a política ao Direito.

Todavia, a tese substancialista não se mostra imune às críticas pelo perigo do que pode representar um certo grau de “ativismo judicial” a enfatizar a ilegitimidade da justiça constitucional apontando o déficit da legitimidade das teorias materiais, a ganhar força a vertente da procedimentalização como meio e garantia para adoção das decisões da comunidade.

Com efeito, convém destacar que uma parcela da doutrina realça argumento em relação às teses processuais-procedimentais difícil de objetar, trazendo a tona a realidade da sociedade brasileira, em que parcela considerável dos direitos fundamentais-sociais mantêm-se inefetivos, mesmo depois de 21 anos após a promulgação da Constituição.

Assim, merece registro o fato das teses procedimentalistas produzirem um distanciamento de nossa realidade, que por várias contingências, ainda está longe de concretizar uma verdadeira concepção substancial de democracia, exatamente porque ainda necessita alcançar a inclusão social como patamar básico para o efetivo exercício de homens livres e iguais.

Nesse particular, transparece o fato do patente choque entre as teses procedimentais e o papel que se requer tenha a nossa Constituição Brasileira. A sociedade brasileira, ainda, deve buscar a introdução do republicanismo em oposição ao patrimonialismo, como política estatal de inclusão da classe dos excluídos e marginalizados no espaço de cidadania.

Rogério Gesta²³ esclarece que o novo conceito de cidadania constitui um espaço de participação pública efetivo, tendo alterado o seu significado de participação política enquanto direito fundamental, deslocando-se para uma concepção mais inclusiva de formação discursiva da vontade coletiva que não se restringe mais a um campo político estritamente definido pelos locus oficiais de poder.

Infere-se, pois que o caráter dirigente e compromissário da Constituição consubstancia o fundamento constitucional do político, a traçar as condições para a mudança da Sociedade pelo direito.

CONCLUSÃO

Na terceira fase em que o giro lingüístico vai se operar como modelo de pensamento a verdade é assumida como uma concepção de linguagem a refletir a experiência construtiva de mundo; e, ao se enxergar a linguagem como prática

23 LEAL, Rogério Gesta. O Estado –Juiz na Democracia Contemporânea: Uma perspectiva procedimentalista. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2007.

social, também a produção de qualquer sentido o será.

A verdade e o direito sempre caminharam juntos desde de a antiguidade e, é, na pós-modernidade, imersa a essa ambiência social díspar e carente de realização de direitos que a discussão sobre a metodologia representada pela tríplice perspectiva de como se interpreta, como se aplica e se é possível alcançar condições interpretativas constitucionalmente adequadas, vai assumir especial relevo.

Nesse cenário, em que avulta a importância e a razão de ser do neoconstitucionalismo, torna-se cristalino o sentido a partir do qual deve ser compreendido o marco trazido pela Constituição de 1988 que remarca um novo momento político e jurídico, fundado na democracia e no Estado de Direito, esse novo modelo de Estado é determinante, pois descortina o novo papel a ser desempenhado pelo direito, precisamente, no que toca ao modo deste obter sua plena funcionalidade, com conseqüências condicionantes do modo como deve operar os profissionais do direito.

O Direito passa a desempenhar um novo papel, no Estado Democrático de Direito, em que a ruptura com o direito meramente regulador deve ser identificada como uma conseqüência inexorável para que possamos ingressar no modelo do direito promovedor e transformador.

Inferese, pois que essa perspectiva de um modelo de direito de promoção e transformação social se relaciona a um caráter hermenêutico do direito, representado por uma exigência maior no desenvolvimento da função da jurisdição constitucional que vai desaguar no embate entre substancialistas e procedimentalistas.

A eleição por uma das duas opções paradigmáticas vai se assentar na possibilidade de fundamentar/justificar discursos ou compreendê-los fenomenologicamente, o que significa conceber a verdade como possibilidades de respostas conteudísticas ou encará-la como a obtenção de um consenso traduzível na possibilidade de respostas procedimentais.

Nessa perspectiva, ao invés da verdade resultar de uma idealização necessária, posto que obtida através de consensos sociais prévios, na linha de argumentação, preconizada por Lênio Streck, ao valer-se dos marcos filosóficos engendrados por Heidegger e Gadamer, a verdade passa a ser estruturada por uma faceta conteudística, que aponta o processo hermenêutico para uma função nova pressupondo descobrir no próprio ser humano a idéia de compreensão. Nasce a partir daí a ontologia fundamental, como filosofia hermenêutica, verdadeira analítica existencial, em que na busca das bases de um processo compreensivo, nós já sempre anteciparíamos nossos discursos pela pré-compreensão.

De acordo com a reflexão crítica desenvolvida por Lênio, a opção paradigmática que reconhece a verdade como respostas conteudísticas, além de se mostrar alinhada a nova teoria constitucional instituída a partir do novo cenário marcado pelo neoconstitucionalismo, também se mantém reforçada, na medida em que, potencializa a busca pela concretização dos direitos fundamentais-so-

ciais, o que em última análise, demonstra o prestígio à República do Brasil, como Estado Democrático de Direito em que a aposta na política constitucional de promover o Estado do bem estar social, mais do que simples utopia, ainda requer efetiva implementação.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília, Polis, 1991.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I – Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 9ª edição. Rio de Janeiro: Editora Vozes; São Paulo, Editora Universitária São Francisco, 2008.

HABERMAS, Jurgen. **Teorias de la verdad** (1972). In: Teoria de la acción Comunicativa: Complementos y Estudios Previos. Madrid: Ediciones Cátedra, 1997.

LEAL, Rogério Gesta. **O Estado—Juiz na Democracia Contemporânea: Uma perspectiva procedimentalista**. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2007.

MARÍAS, Julián. **Historia da Filosofia**. Prólogo de Xavier Zubiri; epílogo de José Ortega y Gasset; tradução Cladia Berliner; revisão técnica Franklin Leopoldo e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e Positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição**. São Paulo: Landy editora, 2006.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2ed. Lúmen Júris, Rio de Janeiro, 2006.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Novos desafios da Filtragem Constitucional no momento do Neoconstitucionalismo**. Revista Eletrônica de Direito o Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n4, outubro/novembro/dezembro, 2005. Disponível na internet: < <http://www.direitodoestado.com.br> >

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e decisão jurídica**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto- decido conforme minha consciência.** Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito.** 2 ed. Lumen juris, Rio de Janeiro, 2008.

Data de Submissão: 01/05/2016

Data de Aprovação: 06/05/2016

COMPLEXIDADE INSTITUCIONAL E MUTACIONAL BRASILEIRA: O EXEMPLO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA

Luigi Bonizzato¹

RESUMO: A partir de análise qualitativa e de método basicamente dedutivo, este breve Artigo jurídico objetivou demonstrar que direitos fundamentais são essenciais para o país, assim como sua potencial aplicabilidade. Entretanto, paralelamente, quer-se defender a ideia de que só isto não bastará para que o país cresça e supere culturas e hábitos maléficos ao seu desenvolvimento enquanto nação, o que se encontra diretamente ligado à proteção das mais básicas liberdades e direitos correlatos. Uma reestruturação institucional, a partir de planejamento, estudo, aprofundamento, pesquisa e dedicação de todos, far-se-á necessária e indispensável. Sem se entender e, eventualmente, se necessário for, mudar instituições, de nada adiantará mudar Constituições e fingir que direitos fundamentais são juridicamente garantidos. O exemplo da presunção da inocência é apenas mais um, entre tantos que poderiam ter sido aqui escolhidos, para a demonstração pretendida.

PALAVRAS-CHAVES: Instituições. Presunção de Inocência. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT: From qualitative analysis and basically deductive method, this brief legal article aimed to demonstrate that fundamental rights are essential for the country and its potential applicability. However, at the same time, it wants to defend the idea that just this alone idea will not be enough for the country to grow and overcome cultures and habits harmful to the Brazilian development as a nation, which is directly linked to the protection of the most basic freedoms and their related rights. An institutional restructuring, based on planning, studying, deepening, researching and dedication of everybody will be necessary and indispensable. Without understanding and eventually, if necessary, change institutions, it will not help change Constitutions and pretend that fundamental rights are legally guaranteed. The example of the presumption of innocence is just one among many that could have been chosen here, for the intended demonstration.

KEYWORDS: Federal Supreme Court. Institutions. Presumption of Innocence. 1 Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor de Direito Constitucional e do Programa de Pós-Graduação stricto sensu em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Integrante do LETACI/FND/UFRJ (Laboratório de Estudos Teóricos e Analíticos sobre o Comportamento das Instituições), que se encontra vinculado à linha de pesquisa do PPGD/UFRJ intitulada “Teorias da Decisão e Desenhos Institucionais”.

INTRODUÇÃO

Tensões e mais tensões; falta ou excesso de diálogo e/ou discussões: o Brasil vivencia momentos de complexidades institucionais ímpares e que vêm exigindo cada vez mais atenção social e jurídica. Novas teorias surgem e precisam ultrapassar as barreiras acadêmicas para, enfim, atingir o seio das reais problemáticas do país.

Neste contexto, este texto traz à baila breve discussão sobre a Decisão do Supremo Tribunal Federal, no início do ano de 2016, que atingiu, fortemente, a presunção de inocência constitucionalmente garantida. Mas será que se está diante apenas de uma falha do Supremo Tribunal Federal a ser isoladamente considerada?

Que se labute nas linhas seguintes.

1 IMERSÕES INICIAIS EM TEORIAS, PROBLEMÁTICAS E TENSÕES INSTITUCIONAIS

A complexidade institucional brasileira adquire, dia após dia, prognósticos de imprevisibilidade que exigiriam estudos apurados, aprofundados e de acuidade ímpar caso por aqui habitasse e fosse Professor de Universidade brasileira, Adrian Vermeule². Sua teoria das propriedades emergentes, com a grande marca da imprevisibilidade que pode acometer atos institucionais isolados ou não, em determinadas instituições ou grupos delas, encaixa-se, já hoje, com arestas a serem aparadas, ao Direito e realidades institucionais do país. Imagine-se, portanto, situação em que um dos grandes estudiosos norte-americanos, país em que se arrisca aqui dizer ser o líder atual, pelo menos no mundo ocidental, na pesquisa de estudos institucionais, direcionasse suas atenções ao Brasil. Se, por um lado, poder-se-ia estar diante de resultados inócuos, dado um grande contexto, que abarca a formação educacional mais longínqua, até os aprimoramentos mais recentes, no âmbito acadêmico, profissional, moral, educacional, familiar, social etc., por outro, por que não acreditar que verdadeiras inserções teóricas e práticas na tão imatura teoria institucional brasileira poderiam ocorrer, a nível qualitativo

² Consagrado pesquisador de escola norte-americana (Harvard University), é uma das principais referências pelo presente Autor entendida como ligada à temática institucional aqui laborada. Conferir vasta bibliografia, com destaque para: VERMEULE, Adrian. *The system of the Constitution*. New York: Oxford University Press, Inc., 2011.; VERMEULE, Adrian. *The Atrophy of Constitutional Powers*. (January 6, 2011). Harvard Public Law Working Paper No. 11-07. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1736124> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1736124>; VERMEULE, Adrian. *Law and limits of reason*. New York: Oxford University Press, Inc., 2009.; VERMEULE, Adrian. *Mechanisms of democracy – Institutional Design* Writ Small. New York: Oxford University Press, Inc., 2007.; VERMEULE, Adrian. *Judging under uncertainty: an institutional theory of legal interpretation*. Massachusetts: Harvard University Press, 2006.

e quantitativo, como jamais antes?

Pois bem, se neste anterior primeiro parágrafo cria-se a impressão de que o país se encontra atrasado na matéria selecionada e, paralelamente, entre outras conclusões, infere-se que Adrian Vermeule seria o único capaz de tentar (apenas tentar) dar início a um processo de investigação maduro sobre as instituições brasileiras e capaz de as levar a um futuro mais bem mapeado e planejado – o que, certamente, é uma das principais bases para o sucesso na implementação de várias políticas públicas e privadas –, é preciso, então, desde logo, deixar claro que o país já avançou em matéria de estudos institucionais³. Nos últimos anos, brilhantes estudiosos nacionais debruçam-se sobre a matéria, desde jovens pesquisadores, que ocupam as cadeiras de cursos de especialização, mestrado e doutorado Brasil afora, até investigadores mais experientes, a maioria dos quais professores que, igualmente, espalham seu saber e estímulo ao aprofundamento em questões institucionais, por todo o país⁴. Entretanto, conforme inicialmente anunciado, o destaque e brilhantismo são imaturos e ainda se baseiam nos principais resultados que chegam do exterior. Mais precisamente, dos Estados Unidos e de teóricos como Adrian Vermeule – escolhido, a título exemplificativo, por ser uma das grandes referências a serem mencionadas –, Cass Sunstein, Mark Tushnet, Eric A. Posner entre vários outros⁵.

Por conseguinte, o que se pretende brevemente demonstrar é que, se as pesquisas nacionais avançam, precisamos do aporte e apoio internacionais para que tal deslanche ocorra. Em tempos de sempre mais intensa e densa globalização, com teias relacionais que se consolidam com rapidez, não apenas os deslocamentos se favoreceram e, paralelamente, o intercâmbio físico de estudiosos interessados em temáticas institucionais, mas também o acesso mais rápido a informações, obras literárias, resultados de pesquisas, processos investigativos

3 Lançada no final do ano de 2015, a partir de projeto de Professores da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (FND/UFRJ), a REI – Revista Estudos Institucionais (disponível, pelo meio digital, em <<http://estudosinstitucionais.com/index.php/REI>>, é exemplo claro do afirmado.

4 Verbi gratia, também o LETACI (LETACI/FND/UFRJ), Laboratório de Estudos Teóricos e Analíticos sobre o Comportamento das Instituições, demonstra, entre outros exemplos, a importância que a matéria vem adquirindo a nível nacional.

5 Entre várias e várias Obras, referenciais e marcos teóricos, pelo menos, conferir: SUNSTEIN, Cass R. *Why Groups Go To Extremes*. Washington, DC: American Enterprise Institute, 2008.; SUNSTEIN, Cass R., VERMEULE, Adrian. *Interpretation and Institutions* (July 2002). U Chicago Law & Economics, Olin Working Paper No. 156; U Chicago Public Law Research Paper No. 28. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=320245> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.320245>.; TUSHNET, Mark. *Why the Constitution matters*. New Haven: Yale University Press, 2010.; TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution away from the Courts*. 03. ed. Princeton: Princeton University Press, 2000.; POSNER, Eric A., VERMEULE, Adrian. *Terror in the balance: security, liberty, and the Courts*. New York: Oxford University Press, Inc., 2007.

etc. A própria internet é elemento essencial no processo, com todos os problemas que a possam acompanhar e que não vêm ao caso, neste momento, serem discutidos e examinados.

É nesse cenário, por exemplo, que não faltam exemplos e situações – aliás, não faltam mesmo, pois, muito pelo contrário, a complexidade das relações e teias institucionais do país é de grandeza, talvez e, ainda, imensurável; pode tal complexidade tornar-se mais e mais mapeada, com o decorrer dos anos e dos estudos promissores que despontam, a cada dia, sobretudo em seara jurídica; mas há caminho longo e altamente convidativo a ser percorrido – no seio de macro e micro organismos brasileiros, que clamam por um real entendimento. Insiste-se em vocábulos como “real” e “verdadeiro”, porque por anos se acostumou, no país, a entender, compreender e apreender, salvo exceções específicas, superficialmente. E o adequado e consentâneo estudo institucional exige densidade, intensidade e um mergulho profundo nos órgãos, setores, departamentos e todas as demais subdivisões que poderiam ser aqui citadas e ligadas a relações humanas e institucionais, sobretudo no âmbito da Administração Pública brasileira. Daí a complexidade. Daí a necessidade de mapear e planejar. Mas, para isso, é preciso estudo; muito estudo, dedicação e vontade de investigar, no melhor e mais positivo sentido que se possa conferir ao verbo.

E já que se mencionaram exemplos, como não se avaliar e questionar, mínima e primeiramente, a problemática da relação entre os Poderes da República, no primeiro grau federativo, isto é, no patamar da União? Não que outras milhares (sem qualquer exagero) de relações não mereçam atenção, mas o fito, neste momento, é mesmo ilustrativo. Quando o Supremo Tribunal Federal toma suas decisões, ora enquanto cúpula do Poder Judiciário, ora acreditando ser um Tribunal Constitucional⁶, apesar de cumular a função de guardião da Constituição de 1988, não são raras as vezes em que, mesmo que de forma não tão profunda e, até mesmo, superficial, percebem-se distorções interna e externa corporis. De forma mais precisa, quando Ministros do mencionado órgão máximo do Poder Judiciário brasileiro proferem decisões monocráticas, vem rapidamente à tona, pelo menos, uma sensação de isolamento decisional. Pois, pela própria característica da decisão tomada, foi construída de maneira unitária, sem a participação, a priori,

de nenhum outro membro do Tribunal. Ressalte-se que, no tocante apenas a estes tipos de decisão, há ainda vastas áreas inexploradas real e verdadeiramente no país (que se repitam os vocábulos!), pois são crescentes as decisões desta natureza e que versam sobre matérias de, pelo menos na opinião do aqui Autor, relevância e importância suprema e que não deveriam ser proferidas, por exemplo, por apenas “uma cabeça”, um magistrado, um juiz no exercício de seu tão precioso poder, a lembrar, o jurisdicional. Por outro lado, se esta mera ilustração já abre múltiplos caminhos teóricos e práticos, quando se pensa em decisões colegiadas, poder-se-ia logo imaginar em um grupo de juizes – mesmo após discussões, críticas, tensões, posições e contraposições precedentes à tomada de decisões, com destino, no país, destinado a um caráter mais amplo e macro – reunidos e formadores de opiniões unívocas, ou seja, convergentes não somente em suas partes finais, conclusivas e dispositivas, mas também na esfera de suas respectivas fundamentações. Afinal de contas, prévias discussões, embates e debates serviriam exatamente para isso: dar um mínimo de uniformidade motivadora nas decisões judiciais. Contudo, estudos já apontaram, há algum tempo, que o Supremo Tribunal Federal, ainda que colegiadamente, decide individualmente. Paradoxo cruel e que se liga às decisões de gabinetes, resultado de uma formação não apenas jurídica e constitucional do Tribunal, mas também cultural, no sentido mais amplo que se possa conferir ao tema.

Se, conforme exposto nas linhas anteriores, interna corporis e somente no âmbito do Supremo Tribunal Federal, em também somente duas entre tantas e tantas possibilidades relacionais e decisórias, já se identificaram vicissitudes, no que diz respeito a matérias e relações externa corporis, exemplos e ilustrações também não faltam. O que dizer de decisões do mesmo Supremo Tribunal Federal que interferem no funcionamento dos Poderes Executivo e Legislativo? Até onde poderia a Constituição permitir intromissão de um Poder em outro em homenagem ao equilíbrio e harmonia no exercício de cada uma de suas funções? As perguntas apenas elaboradas, que podem parecer específicas, padecem ainda de generalidade se se busca maior aprofundamento. Por exemplo, o que se quer dizer com intromissão judicial na esfera do Poder Legislativo? Se, em um primeiro momento, poder-se-ia velozmente pensar em uma decisão ativista, na qual o Judiciário finda por criar o Direito e se sobrepor ao Legislativo na tarefa legiferante, por outro lado e, em um segundo momento, o que dizer de decisões judiciais que interpretam ou reinterpretam⁷ regimentos internos das Casas Legislativas brasileiras? Desceu-se a outro patamar, ou seja, não o do resultado final, que seria a norma jurídica pronta e acabada, a lei propriamente dita, mas à esfera da maneira pela qual devem as espécies normativas ser criadas. E isto, para além das bases existentes e previstas na Constituição, alcançando-se matérias

⁷ E, então, recriam, mudando, levando a mutações na forma de agir e proceder de órgãos e instituições. Sujeita a críticas, tais decisões enrobustecem o papel do Judiciário frente aos demais Poderes.

regimentais e, mais precisamente, de especificidade significativamente maior do que aquelas reguladas no texto constitucional pelo legislador constituinte. Sem se esquecer de que este último, portanto, finda por ver, ainda que no final de cadeia e corrente relacional, seu trabalho continuamente atualizado não somente por mutações decorrentes de emendas, mas também em razão de decisões mais ou menos formais e informais, que moldam um novo esboço da dinâmica constitucional e de sua dialogia⁸. A dialogia constitucional, a que se poderia dar um precoce nome de diálogo constitucional⁹.

Com apenas pouquíssimas ilustrações e delimitações, já se pôde perceber o grau de complexidade institucional em apenas poucas relações, de também poucas e selecionadas instituições do país. Pense-se a nível nacional, nos macro e micro organismos no início deste breve estudo referidos e em todos os graus federativos e Poderes republicanos: polícias, ministérios públicos, defensorias públicas, administrações públicas diretas e indiretas etc. Enfim, estudar é preciso. Aliás, estudar muito. E, se no mundo já se sabe que há estudiosos que pesquisaram, pesquisam e continuarão a investigar temáticas como as aqui apresentadas, ainda que com as naturais distinções entre nações e suas realidades, por que não se valer da experiência alienígena? Basta apenas saber onde se pisa, em que país se vive e, literalmente, saber densificar, aplicar e, paralela e principalmente, também criar, a fim de que o por nossas bandas estudado, traga resultados concretos para a construção gradual de um país mais planejado e mapeado. Enfim, de um país melhor.

2 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A DECISÃO SOBRE O DIREITO FUNDAMENTAL À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: UM PROBLEMA, ANTES DE TUDO, INSTITUCIONAL BRASILEIRO

De todo modo, esta breve introdução sobre as relações e dialogias entre instituições, em sentido amplo e estrito, quer aterrissar em problemática que envolveu o acima já referido Supremo Tribunal Federal e o Poder Legislativo, já no início do ano de 2016. Aliás, de forma mais precisa, a citada cúpula do Poder Judiciário e suposto guardião da Constituição e o Poder Legislativo constituinte. Pois a ele cabe reformar a Constituição, respeitados os requisitos e condições específicas, quando melhor lhe aprouver. Assim decidiu o legislador constituinte

8 GRIFFIN, Stephen. M. Compreendendo a mudança constitucional informal. In: REI – Revista Estudos Institucionais. Vol 1. N. 1., p. 1-37, 2015, disponível em SSRN: <<http://estudosinstitucionais.com/index.php/REI/article/view/24>>.

9 Mark Tushnet já há algum tempo vem dedicando seus esforços ao estudo do que chama “Diálogos Constitucionais”. Conferir, a título embrionário, os já aqui mencionados: TUSHNET, Mark. Why the Constitution matters. New Haven: Yale University Press, 2010.; TUSHNET, Mark. Taking the Constitution away from the Courts. 03. ed. Princeton: Princeton University Press, 2000.

originário quando da criação da Constituição brasileira de 1988.

Nesse sentido, impõe-se ainda maior especificidade: quer-se aqui chegar a questionamentos sobre até onde o constitucionalmente expresso guardião da Constituição pode e deve chegar em Estado Democrático de Direito. E, a fim de que não se deslize, escorregue e, por fim caia em terreno já um tanto explorado, levanta-se a questão relativa a específica Decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida no início, repita-se, do ano de 2016, pela qual permitiu a execução provisória de Sentença penal, em 2º Grau de Jurisdição¹⁰. Em outras palavras, permitiu a prisão de supostos criminosos antes do trânsito em julgado de Sentença penal condenatória. Enfim, autorizou um Tribunal, por exemplo, regional e de segunda instância, já selar e consolidar uma presunção de culpabilidade quando, no Brasil, o poder constituinte originário optara pela presunção de inocência como direito fundamental, estampado e claramente exposto no Art. 5º da Constituição republicana (inciso LVII: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”). Veja-se, portanto, que o problema é elástico: ultrapassa um possível confronto e conflito institucional entre Judiciário e Legislativo; ultrapassa, outrossim, um mesmo conflito entre a cúpula do Poder Judiciário e o poder constituinte derivado reformador, entregue ao mesmo Poder Legislativo brasileiro; para, finalmente, eslasticizado, alcançar uma tensão institucional entre Poder Judiciário e poder constituinte originário, criador da Constituição e responsável direto por nela constar o princípio da presunção de inocência.

Mas vamos lá. Há algo a ser melhor explorado. Melhor, há muito a ser mais bem investigado e aqui apenas se selecionará um aspecto, entre tantos e tantos.

O Brasil pós-ditatorial escolheu por adotar uma tática de completa, pelo menos aparentemente, contraposição de regimes após a derrocada da Ditadura Militar brasileira. A nível constitucional, a decisão foi clara no sentido de se fazer valer direitos de vários grupos de pressão, sendo a Constituição logo taxada de compromissória, tamanho o número, mesmo, de compromissos jurídicos assumidos com a sociedade brasileira, naquela época então representada por suas facções, grupos, associações etc. Entretanto, no seio desta realidade, poucas características foram tão evidentes quanto a necessidade de enumerar, de forma patente, direitos e garantias fundamentais.

É certo que, quando da criação da Constituição, os mais otimistas poderiam até vislumbrar um alto grau de eficácia jurídica para tantos e tantos direitos fundamentais. Mas a maioria dos que participaram dos trabalhos constituintes sequer poderiam ter condições de imaginar as consequências da adoção preponderante do modelo enumerativo alemão pelas bandas brasileiras. Não poderiam mesmo imaginar que certos direitos fundamentais adquiririam força normativa

¹⁰ Julgamento, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, do Habeas Corpus nº 126.992/SP, em 17 de fevereiro de 2016.

significativa a partir de atuação maciça do Poder Judiciário ora meramente politizado, ora perigosamente ativista.

A partir desta conjuntura e formação de alicerces estruturais, o Brasil passou a experimentar um pós-Constituição de gradativo enfrentamento e consolidação de interesses jurídicos, sociais, econômicos etc., a partir de atuações do Poder Público, calcadas nos direitos fundamentais a que se fez menção. O passar dos anos, então, mostrou e mostra que ora, juridicamente, há acertos e ora, também juridicamente, gigantescos equívocos.

Assim, a título ilustrativo, a Decisão do Supremo Tribunal Federal que tanta reação gerou no mundo e universo jurídicos e sociais brasileiros, pela qual comprometeu cabal e contundentemente a presunção de inocência, tão relevante para uma democracia constitucional, sobretudo a brasileira, enquadra-se perfeitamente, no juízo do aqui e presente Autor, neste último exemplo de equívocos jurisdicionais, afrontosos aos jurisdicionados. Assim, condena-se juridicamente tal Decisão, em respeito ao direito fundamental acima já anunciado e decididamente conquistado pelos detentores do poder constituinte originário.

No entanto, o que neste breve estudo se pretende levantar, suave e levemente ultrapassa tal questão, já tão atacada por diversos órgãos do país, incluindo academias jurídicas e setores sociais variados. O que se levanta neste momento é a indagação: apesar de expressamente previsto na Constituição, as instituições brasileiras faziam valer a presunção de inocência?

Veja-se e se deixe claro: é indiscutível a fundamentalidade de tal presunção; é indiscutível sua importância em um Estado democrático, fundado em valores de liberdade e que quer ser liderado por uma Constituição; enfim, é inquestionável a relevância da inserção da presunção mencionada no rol de direitos fundamentais da Constituição de 1988 e inadmissível um ataque, logo jurídico, logo do Poder Judiciário, logo de sua cúpula e guardiã da Constituição, àquilo que deveria preservar e não atacar.

Por outro lado, quer-se aproveitar o ensejo da discussão para trazer à tona problemáticas institucionais mais específicas e que padecem do mal acima já anunciado: falta de estudo e aprofundamento investigativo. Pois é fácil, jurídica e teoricamente, atacar a Decisão do Supremo Tribunal Federal com base em notórias argumentos pautados na teoria dos direitos fundamentais. Não haverá grandes dúvidas, entre os principais e mais renomados teóricos brasileiros e estrangeiros – aqui se referindo aos países e estudiosos que vêm importância na garantia e tutela de direitos fundamentais -, quanto à necessidade de se garantir, a todo custo, o que uma Constituição protege, sobretudo se se tratar de direitos dotados de inegável fundamentalidade. E aí se encaixa a presunção de inocência, não há dúvidas, pelo menos na opinião do Autor.

Pois bem. Se se quer fazer evidente o que apenas se anuncia, quer-se, paralelamente, mostrar que dificuldades macro e micro institucionais comprometem, diária e cotidianamente, a aplicação de inúmeros direitos fundamentais previstos

na Constituição brasileira de 1988, um dos quais a própria e atacada presunção de inocência. Sem se afastar, assim, da temática e do recorte propostos, pode-se perfeitamente questionar se as instituições brasileiras faziam e fazem valer tal direito.

É claro que, repita-se, não se questiona o erro jurídico cometido, positivamente, na Decisão do Supremo Tribunal Federal e que conduziu a mais uma violação à Constituição vigente. Quer-se descer alguns degraus e observar que, mesmo antes e, seguramente após tal Decisão, sendo ela mantida ou não, principalmente após as pressões que naturalmente brotam e gradativamente nascerão, um dia depois do outro, contra o verdadeiro massacre à ordem constitucional do país, inúmeras instituições brasileiras, inclusive o Judiciário e várias que hoje já se insurgem contra a Decisão da cúpula judicial do Brasil, continuarão desrespeitando o princípio e direito fundamental da presunção de inocência. E que não se iludam acadêmicos! Pois a própria omissão e má atuação de academias jurídicas e sociais, ajudam a fortalecer um quadro em que mudanças institucionais relevantes possam ocorrer. Ainda que em evolução, não se pode, no entendimento deste Autor, ainda afirmar que o Brasil possui força acadêmica – vocábulo agora genericamente utilizado – capaz de provocar grandes mudanças institucionais e, por consequência, no país.

Assim, voltando-se para a presunção de inocência, como se admitir os atos quase que diários da força policial brasileira, nos âmbitos federal, estadual e municipal, que, partindo de premissas não comprovadas, decretam prisões e, até mesmo, definem a vida ou a morte de tantos e tantos cidadãos? Como se admitir que pessoas com penas já cumpridas, permaneçam enjauladas em prisões e penitenciárias? Como conceber e aceitar um sistema penitenciário absolutamente falido, no qual presos, criminosos, mas, nem por isso, desprovidos da condição humana básica, sobrevivam a duras penas e em condições de alta precariedade? Enfim, entre tantos questionamentos, como concordar com a prática da tortura quando, talvez, aqui se possa afirmar que um dos pouquíssimos direitos fundamentais verdadeiramente absolutos e em relação ao qual se deve lutar todos os dias seja o direito à não tortura?

Então, aí está. Em momento algum se pode conceber e admitir a Decisão do Supremo Tribunal Federal. Se, com o direito em plena vigência e validade, as instituições brasileiras ainda sofrem para poder aplica-lo, continuam com seus ranços e históricos de truculência e ignorância no que tange à aplicação de direitos lídimos e cristalinos da população nacional, o que dizer quando quem deveria dar o exemplo não dá e, pior: erra e age de forma contrária? Por conseguinte, a discussão ora proposta já atinge outro patamar, que é o da real necessidade de maior entendimento e infiltração em diversas instituições brasileiras, do conhecimento da Constituição. Ou, ainda melhor, da necessidade de sua aplicação, sob pena de se incorrer em outro crime ou grave ilicitude. E é mesmo a imaturidade, corporativismo, histórico e cultura institucionais brasileiras que fomentam a

manutenção do status quo. Com ou sem decisão do Supremo Tribunal Federal. Porque, se as ordens constitucionais do país mudaram na exata medida da chegada de novas Constituições, várias e inúmeras instituições existem há muito mais tempo e continuaram a existir, mesmo em períodos de transição de ordenamentos jurídicos. E continuarão a existir.

Portanto, já passou da hora de o país vivenciar um movimento de profunda pesquisa e estudo institucional, que possa levar ao mapeamento e planejamento mencionados desde o início deste texto, os quais, por sua vez, serão capazes de tentar promover, incentivar e dar início a um processo – certamente complexo e de grande monta, máxime pelas dificuldades e obstáculos a serem superados – de gradativa renovação de mentalidades, *modus operandi*, funcionamento e, principalmente, de solidificação da necessidade de se cumprir a Constituição e seus direitos de forma mais rígida e menos descompromissada. Direitos constitucionais não o são por acaso, ainda que tenham sido inseridos na Constituição, com o perdão da repetição, por acaso e sem se saber o porquê. Que se arque com o que o texto constitucional estabelece e que se faça incutir e infiltrar nas milhares de categorias institucionais brasileiras, direitos cristalinos de todos nós.

Se assim se fizer e, um dia, se assim se conseguir agir, gradativamente chegar-se-á ao ponto de ou o Supremo Tribunal Federal não “conseguir” (por completa falta de amparo real e já, quem sabe, de uma nova cultura) dar Decisões como a que afrontou e aniquilou a presunção de inocência nos moldes estabelecidos pela Constituição de 1988 – que se ressalte, é apenas mais uma entre outras tantas de um falso guardião da Constituição, bastando apenas lembrar, entre outros exemplos que poderiam ser aqui citados, da Decisão da mesma Corte brasileira que aniquilou o direito adquirido enquanto direito também fundamental, ao passar a exigir a contribuição previdenciária de funcionários públicos já aposentados – ou, caso dê, tenha suas Decisões ignoradas, rechaçadas e tornadas inócuas pela própria sociedade brasileira, por meio de atuações separadas e conjuntas de suas instituições, já mais maduras e adaptadas ao que se chama Estado Constitucional.

Para tudo, nesta vida, há um preço. Para a defesa da democracia, sendo ela adequada ou não e, igualmente, de um Estado Constitucional, também adequado ou não, tem-se que pagar um preço. Tendo o Brasil escolhido seu caminho político-constitucional, pela última vez, em 1988, até ulterior e eventual mudança, devem ser seguidos os rumos constitucionais e iniciadas e fortificadas entendimentos e reformas das instituições brasileiras. Em seu mais amplo e estrito sentido. Agora sem paradoxos.

CONCLUSÃO

Após o breve e curto desenvolvimento a que se propôs este Artigo, embora se tenha concluído, inequivocamente, que o princípio da presunção de inocência,

pinçado como fio condutor para a discussão central que se quis invocar, seja direito fundamental a ser obrigatoriamente defendido pelo Judiciário, por todos os Poderes da República e por toda ordem jurídica nacional, há questões outras a serem melhor e mais adequadamente enfrentadas.

Portanto, independentemente da Decisão do Supremo Tribunal Federal acima mencionada, já se encontrava em aplicação, no seio de variadas instituições brasileiras, o direito fundamental mencionado? Em realidade, certamente, em inúmeras Instituições do país, não.

Assim, imperioso se faz o enrobustecimento, a fortificação e o empoderamento de avanços institucionais mais ou menos amplos, menos ou mais diretos e, cada vez, em maior grau e medida, a fim de que se possa ter esperanças mais concretas em um desenvolvimento das liberdades fundamentais brasileiras. Estudar, aprofundar e pesquisar teorias institucionais não é mais uma opção e, sim, um dever para o país, repleto de vicissitudes em seu funcionamento, que, logicamente, dá-se, opera-se e se desenrola no âmbito e seio de suas menores, médias, grandes e, enfim, de todos os tamanhos, instituições.

REFERÊNCIAS

BIN, Roberto, PITRUZZELLA. **Diritto Costituzionale**. 11. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2010.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade – para uma teoria geral da política**. 7. ed. São Paulo: Editora Paz e Terra, 1999.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Justiça Constitucional e Justiça Penal**. Separata da Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, 58 v., ano 14, p. 329-344, jan./fev. 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris. Teoria Del diritto e della democrazia**. V. I, II e III. Roma-Bari: Editori Laterza, 2007.

_____. **Derechos y Garantias: la ley del más débil**. 03. ed. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madrid: Editorial Trotta, 2002.

GRIFFIN, Stephen. M. **Compreendendo a mudança constitucional informal**. In: REI – Revista Estudos Institucionais. Vol 1. N. 1., p. 1-37, 2015, disponível em SSRN: <<http://estudosinstitucionais.com/index.php/REI/article/view/24>>

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LANCHESTER, Fulco. **La Costituzione degli altri – dieci anni di trasformazioni in alcuni ordinamenti costituzionali stranieri**. Milano: Giuffrè Editore, 2012.

LOMBARDI, Giorgio. **Carl Schmitt y Hans Kelsen: La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus Quién debe ser el defensor de la Constitución?**. Traducción de Manuel Sánchez Sarto y Roberto J. Brie. Madrid: Tecnos, 2009

POSNER, Eric A., VERMEULE, Adrian. **Terror in the balance: security, liberty, and the Courts**. New York: Oxford University Press, Inc., 2007.

SCHMITT, Carl. **O conceito do político**. Teoria do Partisan. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

_____. **O Guardião da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. **Teoria de la Constitución.** Madrid: Alianza Editorial, 1982.

SUNSTEIN, Cass R. **Why Groups Go To Extremes.** Washington, DC: American Enterprise Institute, 2008.

SUNSTEIN, Cass R., VERMEULE, Adrian. **Interpretation and Institutions** (July 2002). U Chicago Law & Economics, Olin Working Paper No. 156; U Chicago Public Law Research Paper No. 28. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=320245> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.320245>.

TUSHNET, Mark. **Why the Constitution matters.** New Haven: Yale University Press, 2010.

_____. **Taking the Constitution away from the Courts.** 03. ed. Princeton: Princeton University Press, 2000.

VERMEULE, Adrian. **The system of the Constitution.** New York: Oxford University Press, Inc., 2011.

_____. **The Atrophy of Constitutional Powers.** (January 6, 2011). Harvard Public Law Working Paper No. 11-07. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1736124> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1736124>;

_____. **Law and limits of reason.** New York: Oxford University Press, Inc., 2009.

_____. **Mechanisms of democracy – Institutional Design Writ Small.** New York: Oxford University Press, Inc., 2007.

_____. **Judging under uncertainty: an institutional theory of legal interpretation.** Massachusetts: Harvard University Press, 2006.

Data de Submissão: 01/05/2016

Data de Aprovação: 27/06/2016

DE COMO A SENTENÇA NÃO PODE CONSTITUIR UM “GRAU ZERO” DE SENTIDO NA JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Ana Paula Caldeira¹

RESUMO: O presente artigo visa investigar a legitimidade da técnica da ponderação de interesses para fundamentar decisões judiciais sobre o direito à saúde. Isto é, busca-se encontrar critérios de decisão que fujam do subjetivismo e da discricionariedade dos magistrados, propugnando-se pela resposta hermenêutica e constitucionalmente correta. O que se defende no artigo é que a justiça não deve ficar condicionada ao fator “sorte”, de acordo com o magistrado que for julgar a causa, em especial quando o assunto é o direito à saúde. Com base nos estudos filosóficos de Heidegger e Gadamer, bem como nas diversas teorias de Dworkin, conclui-se que a igualdade na alocação de recursos deve ser vista como a “virtude soberana” na tutela da saúde.

PALAVRAS-CHAVE: Direito a Saúde. Resposta Correta. Virtude Soberana.

ABSTRACT: This article aims to investigate the technical legitimacy of the balancing to substantiate judgments on the right to health. That is, it seeks to find decision criteria to flee the subjectivism and the discretion of judges, advocating by the hermeneutics and constitutionally correct answer. What stands in the article is that justice should not be subject to the "luck" factor, according to the magistrate who is to judge the cause, especially when it comes to the right to health. Based on philosophical studies of Heidegger and Gadamer, and the various theories of Dworkin, it is concluded that equality in the allocation of resources should be seen as the "sovereign virtue" in the protection of health.

KEYWORDS: Correct. Right to Health. Sovereign Virtue.

¹ Doutora em Direito Público na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS/RS.). Mestre em Direito Público e Evolução Social pela Universidade Estácio de Sá/RJ. Extensão em Direitos Humanos pela Universidad de Burgos (UBU) e Universidad de Sevilla, ambas na Espanha. Especialistas em Direito Público, em Direito Civil e Direito Privado. Avaliadora Ad Hoc da Revista de Direito do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Membro do Conselho Editorial da Revista de Direito da Escola Superior de Advocacia da OAB/Barra. Membro da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Professora no Curso de Pós Lato Sensu do IBMEC. Atua profissionalmente como Oficial de Registro Civil Titular do Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais da 3ª Zona Judiciária de Niterói/ RJ.

1 DE COMO A SENTENÇA NÃO PODE CONSTITUIR UM “GRAU ZERO” DE SENTIDO: A tradição como âncora do Direito

Este artigo tem como foco questionar até que ponto as decisões judiciais podem, por critérios discricionários e calcados na subjetividade dos seus julgadores, a todo instante instaurarem um novo marco paradigmático de interpretação das normas (e, conseqüentemente casos) que se põe a julgamento.

Inevitável, pois, é a reaproximação dos ensinamentos de Heidegger e Gadamer que buscaram a superação do subjetivismo interpretativo, bem como o alcance da pré-compreensão como horizonte de sentidos.

Apesar do exposto, é preciso que fique ainda mais claro que a pré-compreensão adotada por Gadamer² a partir da leitura de Heidegger, não pode ser confundida com a subjetividade e a visão particular de mundo do juiz.

Afirmar que para todo caso é possível encontrar uma resposta constitucionalmente mais adequada e que esta depende de uma pré-compreensão conferida pela tradição que funciona como condição de possibilidade, não implica em aceitar a discricionariedade e as concepções pessoais do julgador, que é justamente o que se quer evitar.

Entretanto, a confusão de conceitos é frequentemente feita por quem se depara, ainda que incidentalmente, com os estudos da hermenêutica-filosófica gadameriana.

No entanto, são corriqueiras as críticas formuladas por autores³ que comungam as teorias de Alexy e da ponderação de valores contra o entendimento aqui sufragado.

Tais críticas sustentam ser desaconselhável a utilização da pré-compreensão como elemento norteador de uma hermenêutica constitucional, tendo em vista que a sociedade brasileira é plural e fragmentada, existindo distintas visões de mundo disputando espaço.

A questão que precisa ser ressaltada é que não importa a concepção moral que o juiz tem sobre determinada matéria. Tal fato não autoriza que o intérprete possa colocá-las acima da Constituição.

Defende-se, ainda, que a inadequação da utilização da pré-compreensão reside no fato de que os estigmas e desigualdades têm raízes profundas na cultura e nas práticas sociais brasileiras e isto macularia a “pré-compreensão” de nossos intérpretes.

Reaproximando a discussão aqui travada com o tema principal da pesqui-

2 GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em retrospectiva*. v. II - A virada hermenêutica. Petrópolis: Vozes, 2007. p. 42.

3 Por todos, Daniel Sarmiento. SARMENTO, Daniel. *Interpretação Constitucional, Pré-compreensão e capacidades institucionais do Intérprete*. In: *Vinte anos da Constituição Federal de 1988* (Coord. Daniel Sarmiento, Cláudio Pereira Souza Neto e Gustavo Binembojm) Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 311.

sa, veremos que no direito à saúde, tais questões não são de somenos importância, mas ao contrário conferem a legitimidade às decisões judiciais, bem como respaldam os jurisdicionados com a certeza de que obterão a mesma resposta judicial independentemente das convicções pessoais do julgador da lide.

Não raro se verifica a tentativa de resolver os problemas da implementação do direito à saúde através de ações cujos pedidos, embora não tenham na sua essência pertinência direta com o direito fundamental, acabam sendo deferidos judicialmente por tangenciarem a saúde.

Neste sentido é farta a jurisprudência ao trazer as mais diversas decisões que, amparadas sob o manto do direito social-fundamental à saúde, determinam que o Estado arque com despesas médicas que vão desde cadeira de rodas⁴, fralda descartável⁵ até leite em pó⁶, remédios para acne⁷, protetor solar⁸, tratamento para sudorese⁹ e concessão de meias de alta compressão¹⁰ para tratamento de trombose profunda, e que tais. Sem falar nas já conhecidas decisões que veem absurda “fundamentalidade” no direito ao recebimento, de modo gracioso ao jurisdicionado, mas custeado pelo Estado¹¹, de remédios para impotência sexual¹².

4 Agravo de Instrumento nº 70047948682 - 7ª Câmara Cível – TJ/RS. Rel. Des. Jorge Luís Dall’Agnol - Julgado em 12/04/2012. Agravo de Instrumento nº : 0014620-95.2012.8.19.0000 - 3ª Câmara Cível – TJ/RJ. Rel. Des. Cezar Augusto R. Costa – Julgado em 21/03/2012.

5 Apelação Cível nº 7004683210170046832101 - 8ª Câmara Cível do TJ/RS. Rel. Des. Rui Portanova. Julg. em 12/04/2012. Apelação Cível Proc. nº: 0056216-81.2008.8.19.0038 – 20ª Câmara Cível do TJ/RJ. Rel. Des. Marco Antonio Ibrahim. Julg. em 15/03/2012. Apelação Cível Proc. nº 0001792-46.2011.8.26.0505 - 10ª Câmara de Direito Público do TJ/SP. Rel. Des. Antonio Celso Aguilar Cortez. Julg. em 02/04/2012.

6 Proc. nº 0010519-63.2010.8.26.0073 - 3ª Câmara de Direito Público do TJ/SP – Rel. Des. Angelo Malanga. Julg. em 03/04/2012.

7 REMÉDIO PARA ACNE – ISOTRETINOÍNA 20 MG/ROACUTAN: Apelação Proc. nº 0023309-16.2010.8.26. - 13ª Câmara de Direito Público do TJ/SP – Rel. Des. Ferraz de Arruda - Julgam. em 29/02/2012.

8 Apelação Cível nº 2009.001.36257 - 17ª Câmara Cível do TJ/RJ - Rel.Des. Maria Inês da Penha Gaspar - Julgamento: 22/07/2009.

9 Apelação Cível em Mandado de Segurança Nº 570.423-5/1 do TJ/SP.

10 Apelação Cível nº 0015581-64.2009.8.26.0576 - 6ª Câmara de Direito Público do TJ/SP.

11 Sobre despesas públicas e a discussão sobre a ausência de recursos para justificar a carga tributária, recomendamos a tese de Doutorado de Claudio Carneiro. CARNEIRO, Claudio. Crítica Hermenêutica das decisões do STF em matéria tributária: a vulnerabilidade da teoria argumentativa de Robert Alexy e a autofagia do sistema tributário nacional, Rio de Janeiro, defendida em 2013.

12 “O fato de ser o VIAGRA vulgarmente conhecido ‘salvador’ da raça masculina, possibilitando atividade sexual satisfatória àqueles que não a desempenhavam de tal forma, é desinfluyente. Não se cuida de mero capricho do Autor. Trata-se, sim, de necessidade.(...) Privar alguém que já se encontra em difícil situação, diante da paraplegia, do tratamento

E mais recentemente, o entendimento de que cabe ao Estado custear às mulheres carentes, o direito de realizar tratamentos de inseminação artificial¹³.

Se em um primeiro momento tais decisões parecem acertadas, já que todas tangenciam, ainda que de modo indireto, o direito prelecionado no art. 196 da Constituição, mediante uma análise um pouco mais minuciosa, se chegará à conclusão de que é preciso que se busque hermeneuticamente uma resposta correta para os pleitos que se colocam à decisão judicial envolvendo remédios e tratamentos médicos.

Isto porque considerada a fundamentação de tais pedidos calcada tão-somente na vagueza do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como no direito à saúde, o raciocínio levaria à conclusão da procedência de toda e qualquer ação que visa à obtenção gratuita de medicamentos.

Importante passo seria dado se fossem criadas Varas especializadas nas demandas que envolvem o direito à saúde, pois neste caso todas as ações deste tipo seriam centralizadas em juízo único que poderia estar mais aparelhado para análise sob o ponto de vista global¹⁴. Ações propostas de modo difuso não só não

da doença já reconhecida por seu médico como disfunção erétil (doc. de fls. 18), somente pelo preconceito existente na sociedade de que a mesma não é moléstia, cuidando-se de satisfação sexual pura e simplesmente, parece atitude desumana. Apelação Cível nº 3833/2004. Processo nº. 0141149-11.2002.8.19.0001 (2004.001.03833). Julgamento em 24 de maio de 2005. Des. Renato Simoni. 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. No entanto há de se frisar que o entendimento supracitado não é majoritário, sendo mais frequentes as decisões que indeferem tal medicamento por não configurarem indispensabilidade à vida do paciente-jurisdicionado, como bem salientou a decisão, in verbis: “Como bem lançado na sentença recorrida (fl. 23), “por mais que a disfunção erétil afete a vida sexual do autor, e, conseqüentemente, sua autoestima, o remédio destinado a proporcionar ereções (Viagra ou Sildenafil e Cialis), com certeza não é essencial a que o autor continue a viver.” Apelação Cível nº 70024634032 – 21ª Câmara Cível – Rel. Des. Liselena Schifino Robles Ribeiro. Julgamento em 04 de junho de 2008 Cabe aduzir ainda que este também é o entendimento sufragado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, conforme conclusão da 10ª Câmara de Direito, ao dispor que: “Não é razoável compelir o Poder Público a fornecer um medicamento com a finalidade específica de provocar ereções”. Consultor Jurídico on line. Direito à vida: TJ-SP não garante tratamento para impotência sexual. 29 de abril de 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-abr-29/estado-nao-obrigacao-fornecer-remedio-impotencia-sexual>>. Acesso em 30 de maio de 2012.

13 Direito à saúde: Estado do RS deve custear tratamento de fertilização. Consultor Jurídico on line. 24 de abril 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-abr-24/estado-obrigado-custear-tratamento-fertilizacao>> Acesso em 30 de abril de 2012.

14 Situação que inclusive será colocada à discussão para o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) proposta por Flávio Dino, ex-Secretário do CNJ. Calcula-se que aproximadamente 240 mil ações judiciais tramitem hoje, na maioria envolvendo pedidos de concessão de medicamentos pelo SUS e leitos em hospitais da rede pública. UTI judicial: Flávio Dino propõe ao CNJ criação de varas de saúde. Notícias da Revista Consultor Jurídico, 28 de

promovem a saúde, como acabam dificultando a ordenação das políticas públicas do setor.

O que se pretende superar é o inevitável “efeito cascata” das decisões judiciais a partir de construções hermenêuticas destoantes de sentido.

Conforme ressalta Lenio Streck¹⁵,

Além disso, é necessário alertar para o fato de que a afirmação “a norma é (sempre) produto de interpretação do texto”, ou de que “o intérprete sempre atribui sentido (Sinnegebung) ao texto”, nem de longe pode significar a possibilidade deste - o intérprete - poder “dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa”, atribuindo sentidos de forma arbitrária aos textos, como se texto e norma estivessem separados (e, portanto, tivessem “existência” autônoma). O texto “limita a concretização e não permite decidir em qualquer direção, como querem as diversas formas de decisionismo”, alerta Adeodato.

Resta, pois, reconstruir as trilhas hermenêuticas que levaram à elaboração do art. 196 da Lei Maior e a incorporação do direito fundamental à saúde no ordenamento jurídico pátrio para - passo seguinte - estabelecer os limites semânticos de tal direito bem como espantar as interpretações que se afastam do sentido originalmente idealizado.

2 A PRÉ-COMPREENSÃO COMO CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE

Gadamer ao inaugurar nova corrente de pensamento na contemporaneidade é influenciado fortemente por Heidegger¹⁶. Mas diferentemente do que se costuma pensar, Gadamer não foi apenas um continuador da linha filosófica heideggeriana¹⁷, aprofundando questões como a tradição e a pré-compreensão e diferenciando-se do antecessor pela mutualidade¹⁸.

Desde logo, com Duque-Estrada, afirmamos que a tradição pode ser con-

abril de 2012. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2012-abr-28/flavio-dino-propoe-criacao-varas-especializadas-direito-saude>. Acesso em 30 de abril de 2012.

15 STRECK, Lenio. Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. 2ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 142.

16 DUQUE-ESTRADA, Paulo César. Verbete sobre “Hans-Georg Gadamer”. In: Dicionário de Filosofia do Direito. Coord. BARRETO, Vicente de Paulo. Porto Alegre: Unisinos, 2006. p. 372.

17 Abordando temas heideggerianos como: a) conceito mais originário de compreensão; b) a destruição da metafísica: resgatando a experiência do pensamento originário e c) a temática da essência da verdade.

18 Aspecto de relação com o outro, colocando o sujeito em posição de escuta para compreender. Conforme ressalta Marrafon, Gadamer deu nova perspectiva às ideias heideggerianas, “promovendo a sua ontologização”. MARRAFON, Marco Aurélio. Hermenêutica e Sistema Constitucional: a decisão judicial entre o sentido à estrutura e a estrutura do sentido. Florianópolis: Habitus, 2008. p. 171.

ceituada como “a constante recepção de conceitos, costumes e práticas a que nos encontramos permanentemente expostos pela linguagem”¹⁹.

Também inspirado por Wittgenstein e Nietzsche, Gadamer utiliza a noção de “jogo” para tentar definir a verdadeira realidade da linguagem e afastar toda a espécie de subjetivismo, na forma de pergunta e resposta aberta.

Portanto a hermenêutica centra-se sobre a ideia do incompreensível, o que ainda não foi dito, que conseqüentemente o leva à senda do perguntar para compreender²⁰.

Nesse sentido a linguagem filosófica não pode ser reduzida a um conjunto de sentenças ou símbolos matemáticos, pois ela não é tanto um objeto, mas sim a realização do nosso ser-aí, do que pensamos, desejamos e somos.

A hermenêutica filosófica em Gadamer não se resume, portanto, tão-somente, a uma doutrina que busca analisar o modo de compreender o mundo fático, mas sim a assunção de postura que tenha como diretriz uma pergunta filosófica.

E para a consecução deste objetivo é imperioso saber que a arte de interpretar nada mais é do que vivenciar uma experiência, o que implica também, a quebra constante de expectativas determinadas, sendo certo que para Gadamer a verdadeira experiência é aquela em que o homem se torna consciente de sua finitude.

Não se pode esquecer de mencionar, neste contexto, que há em Gadamer a retomada do conceito de alteridade, isto é, o reconhecimento do “tu” no desenvolvimento do processo dialético, que terá importância na (e para a) pré-compreensão.

Essa mudança de paradigma se revela quando no processo hermenêutico há o reconhecimento autêntico de que o outro também pode ter razão sobre o “eu”. Quando isso acontece, nenhum dos polos em jogo é anulado, mas ambos reconhecem-se no outro ampliando seus horizontes.

Em Gadamer a pré-compreensão traz dois elementos, que são conceitos-chave: a) a abertura e b) a experiência.

Assim, trazendo Gadamer para a discussão do Direito, e mais precisamente para o campo decisório que nos propusemos a abordar, é preciso admitir que a lei não traz de antemão todos os sentidos e elementos para aplicação antes mesmo do uso que se faça dela. O desvelamento do sentido da lei pelo juiz terá que ser realizado no momento em que este se depara com o caso concreto e tiver que manejar a norma.

E isto é inevitável, porque nossa capacidade de interpretar nos acompanha desde o momento em que acordamos até a hora de dormir, já que é o nosso modo

19 DUQUE-ESTRADA. Op. Cit. p. 372.

20 RHODEN, Luiz. *Hermenêutica filosófica: Entre a linguagem da experiência e a experiência da linguagem*. São Leopoldo: UNISINOS, 2002. p. 70.

de conhecer e nos situar no mundo, não sendo um ato de vontade²¹.

Somente somos capazes de entender e compreender porque já há uma pré-compreensão do que se põe a conhecer, mesmo que não totalmente. Ou como bem coloca Rhoden²², “podemos compreender mais e melhor porque fomos projetados a viver num mundo que nos compreendeu, que nos plasmou antes que soubéssemos disso”. Ou seja, é a adoção de um olhar referencial, haja vista que só compreendemos quando o identificamos com algo que já integra nosso horizonte de sentido e compreensão anterior.

Não há grau zero de conhecimento nesse sentido, sendo certo que o fato de não termos “nascido a bordo²³”, nem tampouco na “carona da história²⁴” é que exige que a pré-compreensão seja levada pelo juiz no seu agir decisório, não havendo necessidade de lançar mão de método outro como a ponderação de interesses, por exemplo.

Gadamer mesmo não sendo um filósofo voltado especificamente à Ética desenvolveu sua hermenêutica dentro de uma postura ética, não podendo prosperar, portanto, a afirmação de seus críticos, de que a adoção da pré-compreensão como critério decisório judicial seria admitir preconceitos.

A pré-compreensão estudada na filosofia gadameriana é de fundamental importância para um novo olhar sobre a hermenêutica jurídica, por ser a condição de possibilidade da nossa compreensão, verdadeira estrutura pré-conceitual, conforme salienta Manfredo Araújo de Oliveira²⁵.

Gadamer segue o pensamento de Heidegger no que concerne à matriz da Fenomenologia²⁶. Segue também a ideia de que existe um espaço intermediário entre o sujeito e o objeto, entre o sensível e o racional que seria a intencionalidade. Toda consciência é consciência de algo; ou seja, não há consciência pura, neutra, sozinha (como ocorria para Descartes).

21 RHODEN, Luiz. Interfaces da hermenêutica: Método, ética e literatura. Caxias do Sul: EDUCS, 2008. p. 35.

22 Ibidem. pp. 38/39

23 Ibidem p. 39.

24 Ibidem p. 39.

25 OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. Reviravolta Linguístico-pragmática na Filosofia Contemporânea. Direito. 3ª ed. São Paulo: Loyola, 2006. p. 227.

26 Uma das correntes mais importantes na Filosofia do séc. XX que busca “se afastar para ver melhor”, para “iluminar melhor” que tem por fim “voltar ao mundo” ou “às coisas mesmas”, que é o slogan da Fenomenologia. É a tentativa de recuperar um contato primitivo com as coisas. Resgatar para esse mundo o momento em que o sujeito e o objeto se encontram pela 1ª vez. Tal movimento foi iniciado por Husserl, que buscava um método de suspensão dos sentidos em que o conhecimento verdadeiro parte do singular, vai “recortando” as experiências particulares, o que há de psicológico, botando molduras e o que sobrar disso é fenômeno. Isto é não algo tomado como dado desde o início. GADAMER, Hans-Georg. Hermenêutica em retrospectiva. v. IV - A posição da filosofia na sociedade. Petrópolis: Vozes, 2007. p. 110.

Neste espectro, somos sempre atingidos pelo mundo, não se podendo falar em uma prioridade do sujeito. Este é fruto do mundo.

E mesmo quando estamos sós, assim somos em função do outro, do ser-com-o-outro, que é preservado em Gadamer.

O autor segue nessa discussão dizendo que o ser-á só desponta (“O mundo munda²⁷”) na linguagem, razão pela qual esta não é (nem pode ser objetificada) ou apropriada²⁸.

Por tal motivo a arte de compreender um texto não é simplesmente “decifrar” os caracteres da escrita, unir as letras, mas sim traduzir o texto à fala²⁹.

Para tanto, se faz necessário seguir a trilha hermenêutica, que impõe investigar o sentido do texto. Não com o objetivo de tentar descobrir o pensamento do autor na elaboração do texto, o que seria impossível ou bastante difícil, mas transportar-se para o momento do texto e colher as impressões daquele momento fazendo um elo com o presente.

Assim, diante de todo texto, a tarefa do intérprete não pode introduzir seu gosto pessoal ou mesmo hábitos, mas ao contrário reconhecer que a tarefa interpretativa é buscar a compreensão deste somente a partir do hábito da linguagem da época e de seu autor em posição de abertura para a opinião do outro e até mesmo do texto em si, em perfeita posição de alteridade³⁰.

Perseguindo-se essa posição prévia é que se permite buscar os “preconceitos” do texto e, portanto, a sua tradição, que significa “ter validade sem precisar de fundamentação³¹”.

Apesar do exposto, é preciso que fique ainda mais claro que a pré-compreensão adotada por Gadamer a partir da leitura de Heidegger, não pode ser confundida com a subjetividade, pré-conceitos e nem com a visão particular de mundo do juiz.

Afirmar que para todo caso é possível encontrar uma resposta constitucionalmente mais adequada e que esta depende de uma pré-compreensão conferida pela tradição que funciona como condição de possibilidade, não implica em aceitar a discricionariedade e as concepções pessoais do julgador, que é justamente o que se quer evitar.

Entretanto, a confusão de conceitos é frequentemente feita por quem se depara, ainda que incidentalmente, com os estudos da hermenêutica-filosófica heideggeriana-gadameriana.

27 GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em retrospectiva*. v. II - A virada hermenêutica. Op. Cit. p. 42.

28 GADAMER, *Hermenêutica em retrospectiva*. v. IV. Op. Cit. p. 95.

29 *Ibidem*. p. 88.

30 Ou nas palavras do próprio Gadamer: “Em princípio, quem quer compreender um texto deve estar disposto a deixar que este lhe diga alguma coisa”. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*. Op. Cit. p. 358.

31 *Ibidem*. p. 372.

Muito embora existam diversos autores que cometam tal deslize, optamos por tecer os esclarecimentos a partir das críticas feitas por Daniel Sarmento³², fiel seguidor das teorias de Alexy e da técnica da ponderação de valores.

Sarmiento estabelece ser desaconselhável a utilização da pré-compreensão como elemento norteador de uma hermenêutica constitucional, tendo em vista que a sociedade brasileira é plural e fragmentada, existindo distintas visões de mundo disputando espaço.

A questão que precisa ser ressaltada é que não importa a concepção moral que o juiz tem sobre determinada matéria. Tal fato não autoriza que o intérprete possa colocá-la acima da Constituição.

Para o autor a inadequação da utilização da pré-compreensão reside no fato de que os estigmas e desigualdades têm raízes profundas na cultura e nas práticas sociais brasileiras e isto macularia a “pré-compreensão” de nossos intérpretes³³.

A primeira crítica feita por Sarmento e que o faz “desconfiar das pré-compreensões” é que habitamos um mundo plural, complexo, em que não há uma única pré-compreensão e sim múltiplas cosmovisões, algumas absolutamente conflitantes. Não haveria, pois, um *ethos* comum³⁴.

O autor não descarta a pré-compreensão, mas duvida que esse seja o único meio ou o melhor meio para alcançar a resposta correta na interpretação do Direito.

Esse primeiro argumento do autor merece ser rebatido eis que Sarmento confunde pré-compreensão com visão de mundo. São coisas absolutamente distintas.

Não é relevante na hermenêutica filosófica de matriz heideggeriana-gadameriana a concepção moral do julgador. Pré-compreensão se relaciona com a tradição, e esta por sua vez apresenta elementos de uma matriz comum. Se não for comum, não é tradição e, portanto, deve ser repudiado por simplesmente revelar o “gosto” individual do julgador³⁵.

Stein chama isso de “standard de racionalidade” da Fenomenologia hermenêutica, sendo certo que é com ela que “se supera toda a questão extrínseca de

32 SARMENTO, Daniel. Op. Cit. p. 311.

33 Sarmento propõe não um abandono da pré-compreensão e sim uma “filtragem” dessa pré-compreensão, a partir de uma racionalidade crítica em que todos devem ser tratados como livres e iguais. Ibidem, p. 312.

34 Idem, ibidem. p. 313.

35 “É neste ponto que a fenomenologia hermenêutica ultrapassa a metafísica, a partir da ideia de que a dualidade metodológica de aplicar e compreender (ou o processo das subtilidades que comandava a interpretação hermenêutica clássica de que Gadamer fala) será precedida por uma compreensão que se dá como condição de possibilidade (standard de racionalidade estruturante). STRECK, Lenio Luiz. Diferença (ontológica) entre texto e norma: afastando o fantasma do relativismo. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). Direito e Poder: Nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos – Estudos em homenagem a Nelson Saldanha. Barueri, São Paulo: Manole, 2005. p. 59.

fundamentação de um discurso e também a veleidade de autofundamentação de qualquer discurso científico³⁶”.

Outra crítica feita por Daniel Sarmiento diz respeito ao fato de poderem subsistir na sociedade mais de uma pré-compreensão socialmente aceita. E assim sendo, não existindo uma única pré-compreensão aceita o que restaria na verdade na visão do autor, seriam “pré-compreensões individuais de cada intérprete com seus valores e psiquismo³⁷”.

Isto corresponderia a liberar o arbítrio individual de quaisquer amarras comprometendo a possibilidade de controle intersubjetivo. Resultado disso seria a valoração dos juízes se sobrepondo à vontade dos representantes do povo, trazendo ofensa à Democracia.

Em réplica, é preciso ratificar que a aposta na pré-compreensão não exige de forma alguma o intérprete de fundamentar suas decisões mostrando a trilha que o levou até sua decisão. Trata-se de exigência constitucional disposta no art. 93, que não pode ser afastada independente da matriz teórico-ideológica que se adote. Na verdade o que os defensores da pré-compreensão sustentam é justamente o contrário. É o respaldo num standard hermenêutico de pré-compreensão que vai legitimar a decisão, não podendo se confundir mais uma vez (como faz Sarmiento) pré-compreensão com ponto de vista.

O que se deseja, em consonância com a alteridade, é a abertura à opinião do outro e do próprio texto³⁸.

O último ataque feito por Daniel Sarmiento estabelece que a aposta hermenêutica na pré compreensão parece ignorar o fato de que as nossas tradições e práticas sociais estão encharcadas de opressão, estereótipos negativos e de preconceitos. Para ele “introjetamos e neutralizamos os preconceitos” e neste aspecto a pré-compreensão pode ser uma instância de reforço das injustiças e hierarquias naturalizadas na cultura e na tradição³⁹.

Mais uma vez afirmamos que Sarmiento incorre em erro por empregar o termo pré-compreensão em sinonímia com preconceito.

Gadamer distingue os preconceitos legítimos dos ilegítimos, e para nós Daniel Sarmiento deu tratamento igual para ambas as expressões traçando paralelo com a pré-compreensão. Tal posição adotada pelo autor escolhido para 36 STEIN, Ernildo. Exercícios de fenomenologia: Limites de um paradigma: Ijuí: Unijuí, 2004. p. 167.

37 SARMENTO. Op. Cit. p. 314.

38 “Se você quer saber o que diz um texto é preciso que você deixe que esse texto te diga algo!!!”

39 “Se o poder e a opressão estão instalados nas entranhas da pré- compreensão, onde tem a sua morada, por exemplo, a hierarquização social, a estigmatização do diferente, o racismo, o sexismo e a homofobia, dentre outras tantas patologias, tomar a pré-compreensão como norte na hermenêutica jurídica sem submetê-la ao crivo de uma razão crítica e desconfiada é chancelar o status quo cultural e legitimar a injustiça em nome do Direito e da Constituição”. Idem, ibidem. p. 315.

reflexão não faz o menor sentido eis que uma decisão judicial não poderia ter legitimidade se fosse fundada num “preconceito ilegítimo”⁴⁰.

Pré-compreensão relaciona-se à realidade histórica do nosso ser e a “historicidade do ser”, que por sua vez está intrinsecamente ligado a um horizonte de tradição de sentido.

Em relação às discussões que envolvem tutela da saúde em juízo, entendemos que esse horizonte de sentido deve ser buscado a partir da verificação da igualdade, e, conseqüentemente da possibilidade de universalização da demanda, a todos aqueles que se encontrarem na mesma situação do postulante.

3 A IGUALDADE NA TUTELA DO DIREITO À SAÚDE COMO VIRTUDE SOBERANA

Faz-se mister neste tema, que se recorra aos estudos de Dworkin para se investigar sobre as teorias da igualdade na distribuição de riquezas, que são de extrema relevância para deslindar o problema da alocação de recursos no direito à saúde.

Dworkin, inicialmente, antecipando seu posicionamento, destaca que a “consideração igualitária é a virtude soberana da comunidade política”⁴¹.

Basicamente, a tese de igualdade que o autor defende ampara-se em dois grandes primados do individualismo ético. Em primeiro lugar, naquilo a que ele denomina de *princípio da igual importância*⁴², que sustenta que cada vida seja aproveitada em sua maior amplitude, e isso é relevante tendo-se em conta cada vida humana.

O segundo pilar argumentativo seria aquele representado pelo *princípio da*

40 Argumento que é reforçado, como já vimos, com a postura ética sempre adotada por Gadamer.

41 Prossegue o autor: “(...) Quando as riquezas da nação são distribuídas de maneira muito desigual, como o são as riquezas de nações muito prósperas, então sua igual consideração é suspeita, pois a distribuição das riquezas é produto de uma ordem jurídica: a riqueza do cidadão depende muito mais das leis promulgadas em sua comunidade – não só as leis que governam a propriedade, o roubo, os contratos e os delitos, mas suas leis de previdência social, fiscais, de direitos políticos, de regulamentação ambiental e de praticamente tudo o mais. Quando o governo promulga ou mantém um conjunto de tais leis e não outro, não é apenas previsível que a vida de alguns cidadãos pior devido a essa escolha, mas também, em um grau considerável, quais serão esses cidadãos. Nas democracias prósperas, é previsível, sempre que o governo restringe os programas de previdência social, ou se recuse a ampliá-los, que tal decisão deteriore a vida dos pobres. Devemos estar preparados para explicar aos que sofrem dessa maneira por que foram, não obstante, tratados com a igual consideração que lhes é devida”. DWORKIN, Ronald. A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. ix.

42 Idem, *ibidem*. p. xv.

*responsabilidade especial*⁴³, que esclarece que, muito embora, cada vida tenha igual importância, o titular daquela vida tem responsabilidade final pelo êxito em sua existência.

Trazem-se ao debate, outras teorias sustentadas por filósofos⁴⁴ sobre o grau de comprometimento das pessoas, que vivem em sociedade, com o bem-estar dos demais cidadãos componentes do espectro social.

Cite-se o princípio da beneficência, onde cada indivíduo teria a obrigação, de índole moral, de agir com o mesmo grau de cooperação pelo destino das pessoas como teria caso estivesse em discussão a própria vida, ou, ainda, de algum membro de sua família.

No entanto, Dworkin rechaça a aplicação individual do princípio da beneficência afirmando que, evidentemente, questões pessoais (v.g, aspectos familiares ou vínculos de amizade) podem ensejar um maior grau de consideração para com aqueles que são mais afetos a nós. E tal princípio não anularia o princípio da igual importância por ele defendido.

Dworkin prossegue explicitando duas grandes teorias de igualdade distributiva⁴⁵, a saber: i) a igualdade de bem estar; e ii) a igualdade de recursos.

Para a teoria da igualdade de bem estar, a justiça distributiva estaria representada, ao se tratar as pessoas com igualdade, caso houvesse a transferência e a distribuição de recursos, entre elas, até o alcance de um ponto onde nenhuma transferência de recursos fosse necessária para igualá-las em seu bem-estar⁴⁶.

Já para a teoria da igualdade de recursos, o esquema distributivo trataria as pessoas como iguais, quando, após a divisão de recursos, nenhuma transferência complementar pudesse deixá-las mais equiparadas em seus recursos.

Dworkin mesmo reconhece que ambos os esquemas distributivos apresentam uma falha intrínseca, que seria o subjetivismo dos conceitos de bem-estar e recursos. No entanto, apesar disto, o autor afirma que se partir do enfrentamento desses dois modelos distributivos seria o passo inicial para o alcance de soluções viáveis visando o modo de distribuição de serviços e riquezas entre as pessoas.

Em relação à teoria assentada na igualdade de bem-estar, Dworkin apresenta, através da elaboração de casos concretos, várias situações que poderiam ensejar a distribuição desigual de recursos. Ora devido a uma deficiência em relação aos demais da coletividade; ora provocado pela escolha de gastos despendiosos e, por isso, desproporcionais se comparados ao restante. De todo modo, tal critério é repellido por Dworkin como o único válido para a escolha em como

43 Idem, *ibidem*. p. xv.

44 Não explicitados pelo autor na sua obra.

45 O autor admite, no entanto, apesar de focar nessas duas grandes teorias para explicar sobre a problemática concernente sobre a justiça distributiva, uma terceira via que seria a igualdade de oportunidades. DWORKIN, Ronald. A virtude soberana. Op. Cit. p. 4.

46 Idem, *ibidem*. p. 4.

oferecer justiça distributiva⁴⁷.

Ao analisar a concepção de bem-estar, Dworkin, mais uma vez, subdivide o estudo de tal teoria em dois subgrupos, afirmando que, em primeiro lugar existiria a *teoria do êxito*^{48 - 49}.

O autor, esclarecendo justamente essas possibilidades que a assunção desta teoria de bem-estar impõem, declara que

estas presumem que o bem-estar individual é uma questão de êxito na satisfação de preferências, na realização de metas e aspirações e, assim, a igualdade de êxito, como conceito de igualdade de bem-estar, recomenda a distribuição e a transferência de recursos até que nenhuma transferência adicional possa reduzir as diferenças entre os êxitos das pessoas. Porém como as pessoas têm tipos diferentes de preferências, a princípio estão disponíveis diversas versões de igualdade de êxito⁵⁰.

Apresentando a dificuldade em se adotar a supracitada teoria, Dworkin a confronta com os sectários do Utilitarismo, já que, para estes (dentre todos, Jeremy Bentham), o bem-estar repousaria na garantia do prazer e no esquívamento da dor. Mais uma vez estar-se-ia a recorrer a acepções demasiadamente subjetivas e variáveis de pessoa a pessoa, o que desaconselharia a sua utilização.

Em segundo lugar, como derivação ainda da teoria do bem-estar, apresenta-se a igualdade de satisfação, onde “a igualdade de bem-estar consiste em iguais quantidades ou graus de um estado de consciência⁵¹”. A diferença dessa teoria em relação às já apresentadas residiria no grau de convencimento individual do alcance pessoal da satisfação. Neste aspecto é que se inicia o questionamento basilar do autor no que concerne à alocação dos recursos públicos para o alcance do bem-estar dos indivíduos, investigando se deve, toda uma sociedade, arcar com a transferência exagerada de recursos, para um (ou alguns) integrante(s) da coletividade, em detrimento do sacrifício de todos os demais⁵².

47 Idem, ibidem. pp. 8-9.

48 Idem, ibidem. p. 11.

49 Que por sua vez, estariam assentadas no alcance da satisfação em preferências políticas impessoais ou pessoais (aqui o êxito seria relativo ou total) Idem, ibidem. p. 17.

50 Idem, ibidem. p. 11.

51 Idem, ibidem. p. 46.

52 “Não afirmo (como essa última observação reconhece) que qualquer comunidade que adote a igualdade de bem estar em princípio estaria, então, comprometida com a transferência radical. Algum outro princípio que a comunidade também aceitasse (por exemplo, o princípio da utilidade) talvez recomendaria um compromisso com a igualdade. Mas onde traçar o limite? Talvez a tarefa de traçar o limite? Talvez a tarefa de traçar tal limite caiba à política prática da intuição. Mas, então, a vítima de paralisia total pode não receber absolutamente nada. O princípio de igualdade não ofereceria uma razão para a comunidade aceitar uma perda inicial de utilidade ao lhe fazer algum bem que também não se lhe aplicasse à decisão de lhe fazer mais bem, pelo menos nas circunstâncias que descrevo, nas quais sua utilidade marginal pelas transferências não cai muito. O princípio não ofereceria quase nenhuma orientação à comunidade aqui, além de um pedido deaju-

Passo seguinte, o autor mencionado começa a investigar acerca da maior viabilidade de uma teoria de igualdade de recursos, afirmando que “uma teoria geral da igualdade deve procurar um meio de integrar recursos privados e poder político⁵³”.

Inicialmente, Dworkin propõe o método denominado de teste da cobiça, segundo o qual a divisão não poderá ser tida como igualitária se, depois de repartidos os recursos, qualquer integrante preferir o quinhão do outro do que o seu próprio⁵⁴. Dworkin descarta-o por entender que tal critério poderia levar a uma infinita cadeia de divisões (ou leilões) sem que ao final nenhuma das partes ficasse plenamente satisfeita com o resultado.

Também não escapa de sua análise a possibilidade, na igualdade de recursos, de compensação pelas deficiências (naturais ou adquiridas)⁵⁵.

De modo bastante realista, esclarece sobre a inadequação em se adotar uma teoria, para solucionar este tipo de desigualdade, apenas baseada em compensações⁵⁶.

Antecipa-se o autor, em boa hora, em descartar possível semelhança da igualdade de recursos com aquilo que se convencionou denominar de “igualdade de oportunidades”, que poderia ser traduzido também como sendo (nas palavras de Dworkin) em uma *teoria da justiça da linha de largada*⁵⁷.

Isto porque, segundo o mesmo, tais teorias não são harmônicas já que a *teoria da linha de largada* apenas garante, como o próprio nome indica, as mesmas chances do ponto de partida. Porém, no curso do processo, não há interferência para o alcance do êxito final, considerando-se, que o resultado deve, a partir daí, ser conseguido pelo mérito e esforço individual.

Dentro desse espírito, começa a discussão de Dworkin sobre um eventual

da igualmente estridente para toda a escala de transferências possíveis para essa vítima, um pedido muito pouco prático para que seja honrado por completo, e desestruturado demais para um compromisso baseado em princípios.” Idem, *ibidem*. p. 73.

53 Idem, *ibidem*. p. 79.

54 Idem, *ibidem*. p. 83.

55 Idem, *ibidem*. p. 99.

56 “Não obstante a sugestão de que um projeto de recursos deveria oferecer uma compensação inicial para avaliar as diferenças em recursos físicos ou mentais é problemática em diversos aspectos. Requer, por exemplo, algum padrão de poderes ‘normais’ para servir de base de comparação. Mas de quem são esses poderes que se devem considerar normais para tais finalidades? Sofre, aliás, do mesmo defeito que a recomendação paralela em prol da igualdade do bem-estar. De fato, nenhuma quantia de compensação inicial igualaria em recursos físicos ou mentais uma pessoa cega ou mentalmente deficiente de nascença a alguém considerado ‘normal’ nesses aspectos. Assim, o argumento não oferece um teto para a compensação, mas deve deixá-lo a mercê de um compromisso político que talvez seja menos generoso, novamente, do que ditaria o mercado hipotético de seguros.” Idem, *ibidem*. p. 100.

57 Idem, *ibidem*. p. 110.

conflito entre os valores de liberdade⁵⁸ e igualdade. O mencionado autor questiona se,

Será mesmo mais importante que a liberdade de algumas pessoas seja protegida para melhorar a vida que essas pessoas levam, do que outras pessoas, que já estão na pior situação, disponham dos diversos recursos e de outras oportunidades de que elas precisam para levar uma vida decente?⁵⁹

Dworkin não desconsidera a relevância de se assegurar a liberdade, quando se trata de escolhas políticas, mas afirma que esta precisa se coadunar com a igualdade (distributiva, in casu), sobretudo se tratando cada cidadão com igual consideração (equal concern).

Ingressando no terreno específico do artigo, que seria o estabelecimento de critérios para a alocação de recursos da saúde, a questão ganha especial relevo. Isto porque embora, de fato, não exista restrição para a realização de tratamentos no exterior (por exemplo), essa liberdade não poderia ser assegurada se a concessão desse tratamento pudesse fragilizar outro valor inserido no Estado Democrático de Direito, e que seria representado pela igualdade. Considerada a circunstância de que tal tratamento não pode ser estendido a todos em igual situação, bem como de que os integrantes da comunidade, devem ser tratados com a mesma consideração (equal concern) dentro do Estado Democrático de Direito, é que a liberdade, nesse caso, deve ser afastada.

O mesmo raciocínio deve ser aplicado para tantos outros tratamentos que vêm sendo pleiteados, e concedidos em juízo, tais como remédios para impotência sexual, controle de sudorese, acne, procedimentos de evidente caráter estético (v.g. depilação a laser⁶⁰), em nome de um pretensão princípio da “felicidade”⁶¹.

58 Aqui entendido apenas como ausência de restrição. Idem, ibidem. p. 165.

59 Idem, ibidem. p. 159

60 Para que seja feita uma comparação, recentemente foi negado o mesmo pedido nos Estados Unidos. Segundo foi noticiado na imprensa, um juiz do Estado de Massachussetts, nos Estados Unidos indeferiu pedido realizado por um preso transexual chamado Robert Kosilek, que pleiteava que o Estado arcasse com tratamento de depilação a laser. O mesmo juiz, Mark L. Wolf, que negou o tratamento de depilação a laser por considerá-lo desnecessário, no entanto, concedeu o direito à realização de cirurgia para mudança de gênero ao detento. A decisão, porém, ainda não foi cumprida já que depende do julgamento do recurso interposto pelo Departamento Carcerário dos Estados Unidos, que alega que tal procedimento não deveria ser arcado financeiramente pelos contribuintes americanos. A título de curiosidade, a reportagem ressalta que se trata de decisão emblemática, já que é a primeira que acata tal pedido e concede o direito à cirurgia de transgenitalização a um prisioneiro americano, por sofrer de transtorno de identidade de gênero. Nos EUA, juiz nega pedido de depilação a laser a preso transexual. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/bbc/2012/11/21/nos-eua-juiz-nega-pedido-de-depilacao-a-laser-a-preso-transexual.htm>>. Acesso em 21 de novembro de 2012.

61 Agora até sufragado pelos Tribunais Superiores. Para isso, citamos a decisão do Supremo Tribunal Federal a respeito da possibilidade de união estável homoafetiva, que teve, como um dos seus fundamentos, o direito à busca da felicidade, conforme se depre-

Os defensores, que vislumbram respaldo em tal “princípio”, além de extraí-lo a partir do princípio-mater da dignidade da pessoa humana, fazem-no também encontrando a sua matriz histórica na Declaração de Independência dos Estados Unidos, de 4 de julho de 1776, que traria, em seu preâmbulo, a menção à busca de felicidade⁶². Todavia, em nenhum momento a Declaração trata da busca

ende abaixo. “Proibição de discriminação das pessoas em razão do sexo, seja no plano da dicotomia homem/mulher (gênero), seja no plano da orientação sexual de cada qual deles. A proibição do preconceito como capítulo do constitucionalismo fraternal. Homenagem ao pluralismo como valor sócio-político-cultural. Liberdade para dispor da própria sexualidade, inserida na categoria dos direitos fundamentais do indivíduo, expressão que é da autonomia de vontade. Direito à intimidade e à vida privada. Cláusula pétrea. (...) Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da CF, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de ‘promover o bem de todos’. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana ‘norma geral negativa’, segundo a qual ‘o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido’. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da ‘dignidade da pessoa humana’: direito a autoestima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. (...) Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do CC, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de ‘interpretação conforme à Constituição’. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.” (ADI 4.277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 5-5-2011, Plenário, DJE de 14-10-2011.) No mesmo sentido: RE 687.432-AgR, Rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 18-9-2012, Primeira Turma, DJE de 2-10-2012; RE 477.554-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 16-8-2011, Segunda Turma, DJE de 26-8-2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigo.asp#ctx1>. Acesso em 20 de novembro de 2012.

62 “We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness. — That to secure these rights, Governments are instituted among Men, deriving their just powers from the consent of the governed, — That whenever any Form of Government becomes destructive of these ends, it is the Right of the People to alter or to abolish it, and to institute new Government, laying its foundation on such principles and organizing its powers in such form, as to them shall seem most likely to effect their Safety and Happiness”. Disponível em: <http://www.ushistory.org/declaration/document/> Acesso em 20 de novembro de 2012.

“Que traduziríamos como: “Consideramos estas verdades como evidentes por si mesmas, que todos os homens são criados iguais, que são dotados pelo Criador de determinados direitos inalienáveis, que entre estes estão a vida, a liberdade e a busca da felicidade.

individual de felicidade como meta egoísta e isolada, e sim da possibilidade de encontrá-la através de objetivos governamentais comuns. Frise-se, mais uma vez, que se tratava de um documento que corporificava os ideais libertários de um povo dos domínios do país colonizador (in casu, a Inglaterra). Logo, o princípio deve ser interpretado como aquele que viabilizaria o bem-estar comum.

E, mesmo que o “princípio da felicidade”, trazido pela Declaração mencionada, tivesse sido, de fato, estatuído tendo como seu prisma o indivíduo, não se pode extrair daí que, em homenagem a essa tal busca da felicidade, se fundamente a tutela de pedidos absolutamente egocêntricos, que se escondem sob o manto da dignidade da pessoa humana e do direito à saúde⁶³. Ainda mais quando o atendimento de tais pedidos pode, a médio e longo prazo, comprometer a “felicidade” dos demais integrantes da sociedade. Refletir a partir deste modo confere um viés mais democrático para as questões que concernem à tutela da saúde.

Avançando na leitura de Dworkin, este autor explicita que a sua teoria da igualdade de recursos precisa ser conglobada a uma teoria do aprimoramento, que teria por fim tornar a sociedade mais igualitária do que é, reduzindo o déficit de desigualdade⁶⁴. E tal avaliação é feita adotando-se, como parâmetro, não o bem-estar, mas o espaço dos recursos.

Dworkin não afasta, entretanto, a discussão sobre Bem-Estar, mas entende que essa noção deve ser contextualizada. Para ele, o Bem-Estar seria a combinação de Bem-Estar Volitivo e Bem-Estar Crítico⁶⁵. Bem-Estar Volitivo ocorreria com a melhoria da vida quando o indivíduo tem ou alcança o que quer. Já o Bem-Estar Crítico estaria configurado se a vida torna-se melhor quando o indivíduo tem (ou alcança) aquilo o que deve querer.

A par dessa conceituação, o autor apresenta dois modelos de Bem-Estar. Um primeiro, designado de Impacto, onde a vida boa seria a consequência das ações dos indivíduos para o mundo. E, na outra ponta, o modelo de Desafio, cujo ideal de vida boa estaria diretamente relacionado à ideia de realização pessoal⁶⁶.

Que para assegurar tais direitos, governos são instituídos entre os homens, derivando seus justos poderes do consentimento dos governados, - que sempre que qualquer forma de governo se torne destrutiva de tais fins, é Direito do Povo alterá-la ou aboli-la e instituir um novo governo, baseando-o em tais princípios e organizando seus poderes, na forma, como lhe pareça mais conveniente para realizar sua segurança e felicidade”.

63 Como defendem alguns, entre eles, Saul Tourinho Leal. LEAL, Saul Tourinho. O princípio da busca da felicidade e o direito à saúde. Disponível em: < <http://jus.com.br/revista/texto/19389/o-principio-da-busca-da-felicidade-e-o-direito-a-saude#ixzz2Co7C-9VIC> > Acesso em 20 de novembro de 2012.

64 Idem, ibidem. p. 224.

65 Idem, ibidem. p. 342.

66 Segundo Dworkin, “o modelo do desafio põe a integração ética sob luz completamente diferente. Não precisa demonstrar, para que tal integração tenha sentido, que cada indivíduo provoca maior impacto por intermédio de atos coletivos da comunidade do que sozinho. Só precisa demonstrar como a integração ética poderia parecer uma reação ade-

O que Dworkin pretende, neste aspecto e com tais definições, não é tornar as pessoas iguais na capacidade de tornar suas metas realizáveis, mas fazer os indivíduos iguais em recursos para que, com a ajuda destes, possam realizar suas concepções de “vida boa”.

Na esteira deste raciocínio, uma das maiores contribuições de Dworkin encontra-se no fato de apontar a igualdade como virtude soberana, e, assim, apresentar um conteúdo ético para o ordenamento e aos direitos humanos de um modo geral.

Dentro desse prisma, e tendo por matriz teórica os estudos de Dworkin, é que se chega à conclusão de que o bem estar (ou a “felicidade”) de alguns não pode subsistir se isso colocar em risco a igualdade de acesso, ao mesmo bem, pelos demais sujeitos sociais, ou causar-lhes um excessivo sacrifício⁶⁷.

O próprio autor reconhece que se trata de uma “escolha angustiante” ter que optar por um desses valores (liberdade e igualdade) quando os dois estão em aparente conflito⁶⁸.

No entanto, Dworkin claramente demonstra a sua opção metodológica pela prevalência da igualdade⁶⁹. E tal posição é corroborada a partir do acertado entendimento no sentido de que, se é verdadeira a afirmação de que é dever dos governos assegurar a mesma consideração por todos os cidadãos (o que inclui o acesso ao direito à saúde), é preciso que todos tenham, de fato, acesso aos mesmos bens de saúde. E se optarmos, como parece ser o mais adequado, pela preferência do valor da igualdade, o valor da liberdade restará prejudicado neste caso. Por tal lúcido raciocínio é que o autor considera ser a igualdade a virtude soberana⁷⁰.

quada a um parâmetro importante das circunstâncias do indivíduo – o fato de viver ligado a outras pessoas em uma diversidade de comunidades. Essa é, de fato, uma perspectiva de bem comum do bem viver, e assim o modelo do desafio consegue dar sentido à integração ética de maneira natural, e não forçada.” *Idem, ibidem*. p. 385.

67 Com uma majoração tributária excessiva, por exemplo.

68 *Idem, ibidem*. p. 168.

69 “Qualquer disputa genuína entre a liberdade e a igualdade é uma disputa que a liberdade deve perder”. *Idem, ibidem*. p. 168.

70 “Faço essa afirmação ousada porque acredito estarmos hoje unidos na aceitação do princípio igualitário abstrato: o governo deve agir para tornar melhor a vida daqueles a quem governa, e deve mostrar igual consideração pela vida de todos. Qualquer pessoa que aceita a igualdade como ideal político, e embora igualdade admita concepções distintas, essas concepções distintas são interpretações adversárias de tal princípio. Assim, quem pensa que a liberdade e igualdade realmente entram em conflito em algum momento deve pensar que proteger a liberdade significa agir de modo que não demonstre igual consideração por todos os cidadãos. Duvido que muitos de nós pensássemos, após reflexão, que seja possível justificar isso.” *Idem, ibidem*. p. 169.

4 DA EXIGÊNCIA DE UMA MUDANÇA PARADIGMÁTICA NO ATO DE DECIDIR E O PAPEL DO JUIZ COMO PRODUTOR DE EFEITOS: O problema da discricionariedade e das decisões ad hoc para o alcance da efetividade do direito à saúde no Brasil

Para demonstração da falta de integridade e coerência trazemos à lume a discussão sobre determinadas mazelas e como estas são enfrentadas no Poder Judiciário.

Não será objeto de debate o acerto ou equívoco em particular das decisões aqui exemplificadas, mas sim o grave fato de que, sob o manto da discricionariedade e da “ponderação de interesses”, a mesma doença ou necessidade médica terá seu tratamento custeado pelo Estado a depender do Juízo a que porventura vier a ser distribuída a ação.

Exemplificamos a tese com análise de jurisprudência de alguns Tribunais⁷¹ do país. E escolhemos determinados temas que normalmente suscitam dúvida nos tribunais dada a inferência indireta que se faz do direito à saúde.

No tocante ao dever do Estado em fornecer fraldas descartáveis em decorrência de determinadas doenças incapacitantes, e se estas estão ou não incluídas sob o manto do direito à saúde, as decisões são diametralmente antagônicas. A depender do endereçamento da ação, o fornecimento de fraldas descartáveis está englobado no dever do Estado como ligado ao direito à saúde mesmo que ausente de previsão legal e não listagem pela ANVISA⁷². Ou ao contrário, por especificamente não se tratar de “medicamento capaz de evitar iminente perigo de vida”, e sim ser tão-somente um instrumento facilitador, utilizado nos cuidados de higiene da parte autora passível de substituição e, que por tal motivo, poderá ser de plano indeferido, com o argumento de que o ente público não está obrigado ao seu fornecimento de modo gratuito, sob pena de comprometimento dos recursos públicos destinados a outras demandas porventura mais necessárias e urgentes⁷³.

Em relação à cadeira de rodas, a falta de integridade muitas vezes também é observada no interior de um mesmo Tribunal de Justiça, colocando o jurisdicionado em situação de insegurança jurídica sobre a legitimidade do seu pleito.

Há posicionamento no sentido de que tal aparelho se insere no mandamento do art. 196 da Constituição da República⁷⁴. Enquanto outros órgãos decisórios,

71 Em especial os Tribunais do Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul e São Paulo.

72 No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, se o recurso for distribuído para as 1ª, 2ª, 3ª, 7ª, 8ª ou 21ª Câmaras Cíveis, o resultado será a procedência do pedido. No Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, ainda sobre o tema “fraldas descartáveis”, se o recurso for endereçado às 10ª, 15ª, 16ª, 20ª Câmaras Cíveis, o Autor da ação sairá vitorioso com a decisão de que o Estado tem obrigação de custear tal insumo.

73 É o entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, nas 4ª e 22ª Câmaras Cíveis. E da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

74 É o entendimento das 2ª, 3ª, 7ª, 8ª Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. O mesmo se dá no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Se o

em sentido oposto, entendem que “por não se tratar de equipamento capaz de evitar iminente perigo de vida, mas de recurso para o transporte do autor, que não pode caminhar, não pode ser imposta ao ente público a obrigatoriedade do fornecimento de cadeira de rodas motorizada, sob pena de comprometer verba pública a ser destinada à outra demanda excepcionalmente necessária”⁷⁵.

Quando o assunto é “leite em pó”⁷⁶ e “complementos nutricionais”, a depender do “sorteio” do recurso o entendimento será de que se trata de insumo inserido no direito social à saúde, e portanto deve ser deferido de modo gracioso pelo Estado⁷⁷, ou, ao revés, tratam-se de alimentos e, em caso de hipossuficiência do Autor da ação, tais insumos devem ser buscados em instituições assistenciais que prestam alimentação a pessoas carentes já que não estão abrangidas no direito social à saúde⁷⁸.

No quesito sobre a possibilidade de remédios, tratamentos e mesmo cirurgias existentes somente no exterior, é possível que com a devida sorte do Autor da ação, este consiga decisão que obrigue o Estado a importar o medicamento. Tudo a depender da distribuição do recurso para Câmara (ou Relator) simpatizante a este entendimento que confere a maior amplitude possível ao direito à saúde⁷⁹.

Isto sem falar que em várias das decisões fica muito mais patente uma “política humanitária de benevolência” do que propriamente razões de cunho técnico-jurídico.

Em suma, o que se propugna aqui é que a resposta hermeneuticamente correta e em consonância com a Constituição, não pode ficar condicionada ao acaso da distribuição ao órgão julgador que seja simpático à causa discutida.

Portanto, necessário se faz uma mudança paradigmática no modo de enfrentamento das causas atinentes à saúde.

Daí a importância dos estudos sobre a forma de julgar e o modo de produção das decisões judiciais⁸⁰.

recurso versando sobre cadeira de rodas for dirigido (via distribuição) às 3ª, 16ª, 18ª, 20ª Câmaras Cíveis, a demanda será julgada procedente e o custeio será feito pelo Estado.

75 Processo nº 70048146831 - Apelação Cível – 22ª Câmara Cível. Rel. Des. Carlos Eduardo Zietlow Duro. Posicionamento adotado pelas 4ª e a 22ª Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. O mesmo se dá no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Se o recurso versando sobre cadeira de rodas for dirigido (via distribuição) às 3ª, 16ª, 18ª, 20ª Câmaras Cíveis, a demanda será julgada procedente e o custeio será feito pelo Estado.

76 Ex.: Leite Ninho e “Mucilon”.

77 4ª, 7ª, 8ª, 10ª, 11ª, 13ª, 14ª, 16ª e 17ª Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

78 6ª e 17ª Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

79 Agravo de Instrumento nº 0019609-67.2000.8.19.0000 (2000.002.07345)- 6ª Câmara Cível. Rel. Des. Albano Mattos Correa - Julg. em 07/11/2000.

80 Entre os brasileiros, além dos diversos textos do Prof. Dr. Lenio Streck já anteriormen-

Tal tema suscita acalorado debate mesmo entre autores de linhas teóricas distintas tal como Dworkin e Posner⁸¹.

Este último, a despeito de ser adepto do pragmatismo, igualmente revela preocupação com o não seguimento dos juízes às doutrinas, e na sua obra tenta inclusive encontrar as justificativas para tais posturas, ao sustentar:

Que los jueces sean inesibles a las críticas de la academia deriva em parte de las diferentes condiciones laborales de jueces y profesores, incentivos, condicionantes, selecciones, punto de vista y rol social, muchos jueces creen que los académicos no entienden los objetivos y presiones bajo las que se realiza su trabajo como jueces, de ahí que las críticas que los primeros hacen de la actividad judicial resulten capciosas, obtusas y no constructivas. Esta sensación la comparten también los jueces de apelación, incluyendo aquí los jueces nombrados de entre El profesorado, aun involucrados como están en la actividad de fundamentar el fallo de sus decisiones (opinion writing), que es um trabalho quasi acadêmico⁸².

Igualmente Dworkin⁸³, seu principal antagonista, ao dispor sobre a laboriosa tarefa que tem o juiz ao se deparar com os casos difíceis.

São questões difíceis. Cidadãos, juristas e juízes não deveriam tentar respondê-las a partir do zero, ignorando as respostas que outros, especialmente os juízes, já lhes deram no passado. Como disse, qualquer estratégia de argumentação constitucional com pretensões à integridade constitucional total deve buscar respostas que combinem bem com nossas práticas e tradições – que se apoie firmemente em nossa continuidade histórica, bem como no texto da Constituição – para que essas respostas possam, de maneira aceitável, ser consideradas como descrições de nossos compromissos como nação.

te mencionados no trabalho, citamos as recentes pesquisas de Pós Doutorado realizadas por Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho no Instituto de História e Teoria das Ideias da Universidade de Coimbra que resultaram no artigo gentilmente cedido pelo autor. Afirma Grandinetti: “Por tudo isso, é imperioso que se mergulhe profundamente nas entranhas da atividade judicial para que se resgate o sujeito criador da decisão, que possa assumir a responsabilidade histórica de co-produzi-la, juntamente com a lei, com a Constituição e com a realidade social que não pode nunca ser alheada. Trata-se, antes de tudo, de um processo de desalienação, de conscientização de como as coisas são constituídas e para que o são”. CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. Estado de Direito e Decisão Jurídica: As Dimensões não-jurídicas do ato de julgar. Coimbra: Instituto de História e Teoria das Ideias da Universidade de Coimbra, 2009. p. 27.

81 Importante frisar que a intenção em fazer, sequencialmente, a citação de Dworkin e Posner não é propriamente tentar “compatibilizar” os dois autores, já que até pela análise global de suas obras e mesmo pelo histórico de enfrentamento entre os mesmos, isto seria tarefa hercúlea, mas sim demonstrar que cada qual, dentro de enfoque teórico distinto, busca, a seu modo, solução para o mesmo problema: a excessiva discricionariedade judicial sem parâmetros de julgamento.

82 POSNER, Richard. Cómo deciden los jueces. Madrid: Marcial Pons, 2011. p. 230.

83 DWORKIN, A Justiça de Toga. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 174.

A crítica que se faz é quanto ao atual estado hermenêutico jurisprudencial que, divorciado de qualquer coerência e integridade, julga a seu bel prazer quando determinadas questões referentes à saúde vêm à tona, o que demanda que se realize uma mudança a partir de como as sentenças são produzidas.

Nessa quadra da história, não se pode admitir que dois (ou mais) casos semelhantes tratando sobre a mesma enfermidade ou a demanda por um dado remédio (ou insumo hospitalar) possam ter resultados tão díspares devido à boa ou má sorte na protocolização da petição.

O jurisdicionado deve saber que terá a mesma resposta jurisdicional independente do juiz que julgará a causa. Em outras palavras, o que se afirma é que o direito à saúde deve estar acima de questões burocráticas-formais, não devendo depender do “sorteio” da ação.

E assim nos posicionamos porque cremos que tais decisões ad hoc produzidas no interior dos gabinetes dos juízes, - certamente bem intencionados, apesar de individualmente poderem cessar o sofrimento do autor da ação ao conceder-lhe acesso a determinado tratamento médico, se globalmente, não só não resolvem o problema da falta de efetividade do direito à saúde, como a longo prazo, podem criar uma situação mais nefasta no setor ao gerar verdadeira desorganização administrativa.

Além de inegável estado de insegurança jurídica, que é exatamente o oposto da própria função do Direito.

No entanto, ao trazermos Posner para o debate não significa a adoção da Teoria Utilitarista. Estamos com Dworkin ao afirmar que

A explicação teórica da decisão judicial não é necessariamente antiutilitarista nos detalhes. Alguém que a aceite poderia defender o ponto de vista (como Posner realmente faz com frequência) de que a melhor interpretação da prática jurídica revela o princípio de utilidade em sua essência. Mas a abordagem teórica tampouco está comprometida com o utilitarismo como guia para a decisão judicial - e, pelo menos em minha opinião, boa parte de nosso direito constitucional, não pode ser justificada em bases utilitaristas, mas, ao contrário, deve pressupor princípios de igualdade e justiça que não são utilitaristas em espírito ou consequência⁸⁴.

Até porque a adoção do Utilitarismo e Consequencialismo nas decisões judiciais poderia acarretar uma indesejável inação na atividade judicante, o que deflagraria situação ainda mais nefasta do que os possíveis reflexos de sentenças mal lastreadas. Mais uma vez com Dworkin, na boa crítica a Posner, esclarece que

O experimentalismo aparentemente inocente de Posner termina em um dos absolutismos mais ambiciosos e tecnocráticos jamais concebidos pelos filósofos, que é o consequencialismo utilitarista, e o conselho de Sustain sobre a abstinência judicial, ainda que fosse minimamente viável, não produziria mais democracia, mas sim a imobilização de um processo essencial

84 DWORKIN, A Justiça de Toga. Op. Cit. p. 90.

a ela.

É certo que tais questões tornam-se ainda mais preocupantes quando o cenário diz respeito a países que ainda não alcançaram a plenitude do ideal de vida boa buscado pela Constituição e onde quase a totalidade dos direitos fundamentais ainda se encontram incumpridos.

Nesse contexto, justamente pelo deslocamento do pólo de tensão para o Poder Judiciário, antes confiado ao Legislativo e ao Executivo, é necessário investigar os instrumentos que norteiam o modo de decidir do principal personagem envolvido nesse enredo: o juiz.

E assim, todas as recentes teorias que se propõem discutir o assunto com a seriedade que o tema exige, buscam criar terrenos férteis para a verdadeira aplicação dos direitos fundamentais, mas, por outro lado, revelam preocupação em estabelecer limites ao “poder hermenêutico”⁸⁵ dos juízes⁸⁶, vez que o contrário da inação judicial não pode resultar em “ativismos judiciais” nem em perigoso decisionismo e discricionariedades, já que isto, como se verá, é atentatório aos valores republicanos e à essência da própria Democracia.

No entanto, e assim afirma a melhor doutrina, os “casos fáceis” e os “casos difíceis” se confundem, nem sempre sendo seguro fazer a distinção entre eles como quer fazer parecer parcela dos estudiosos do assunto, sendo impossível distinguir, a priori, princípios e regras.

Por isso a fragilidade da Teoria de Alexy e a sua insuficiência como parâmetro de julgamento, razão pela qual se deve buscar, outro referencial e instrumental teórico-jurídico para municiar o juiz no seu.

85 Ibidem. p. 2.

86 Limites estes que são buscados - paradoxalmente - até mesmo por positivistas clássicos como H. L. A Hart. No caso, conferidos pelo direito preexistente e por demais restrições de índole formal como o respeito aos princípios insculpidos no ordenamento jurídico como um todo. KOZICKI, Kátya. Verbete sobre “Herbert Lionel Adolphus Hart” In: Dicionário de Filosofia do Direito. Coord. BARRETO, Vicente de Paulo. Porto Alegre: Unisinos, 2006. p. 409.

REFERÊNCIAS

CARNEIRO, Claudio. **Crítica hermenêutica das decisões judiciais em matéria tributária: a vulnerabilidade da teoria argumentativa de Robert Alexy e a autofagia do sistema tributário nacional**. Rio de Janeiro. Tese de Doutorado defendida em 2013.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Estado de Direito e Decisão Jurídica: As Dimensões não-jurídicas do ato de julgar**. Coimbra: Instituto de História e Teoria das Idéias da Universidade de Coimbra, 2009.

DUQUE-ESTRADA, Paulo César. **Verbetes sobre “Hans-Georg Gadamer”**. In: Dicionário de Filosofia do Direito. Coord. BARRETO, Vicente de Paulo. Porto Alegre: Unisinos, 2006.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. ix.

_____. **A Justiça de Toga**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. Petrópolis: Vozes, 2007.

_____. **Hermenêutica em retrospectiva. v. II - A virada hermenêutica**. Petrópolis: Vozes, 2007.

_____. **Hermenêutica em retrospectiva. v. IV - A posição da filosofia na sociedade**. Petrópolis: Vozes, 2007.

KOZICKI, Kátya. **Verbetes sobre “Herbert Lionel Adolphus Hart”** In: Dicionário de Filosofia do Direito. Coord. BARRETO, Vicente de Paulo. Porto Alegre: Unisinos, 2006.

LEAL, Saul Tourinho. **O princípio da busca da felicidade e o direito à saúde**. Disponível em: < <http://jus.com.br/revista/texto/19389/o-principio-da-busca-da-felicidade-e-o-direito-a-saude#ixzz2Co7C9V1C>>

MARRAFON, Marco Aurélio. **Hermenêutica e Sistema Constitucional: a decisão judicial entre o sentido à estrutura e a estrutura do sentido**. Florianópolis: Habitus, 2008.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta Linguístico-pragmática na Filosofia Contemporânea**. Direito. 3ª ed. São Paulo: Loyola, 2006.

POSNER, Richard. **Cómo deciden los jueces**. Madrid: Marcial Pons, 2011.

RHODEN, Luiz. **Hermenêutica filosófica: Entre a linguagem da experiência e a experiência da linguagem**. São Leopoldo: UNISINOS, 2002.

_____. **Interfaces da hermenêutica: Método, ética e literatura**. Caxias do Sul: EDUCS, 2008.

SARMENTO, Daniel. **Interpretação Constitucional, Pré-compreensão e capacidades institucionais do Intérprete**. In: Vinte anos da Constituição Federal de 1988 (Coord. Daniel Sarmento, Cláudio Pereira Souza Neto e Gustavo Binembojm. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

STEIN, Ernildo. **Exercícios de fenomenologia: Limites de um paradigma**. Ijuí: Unijuí, 2004.

STRECK, Lenio. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito**. 2ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. **Diferença (ontológica) entre texto e norma: afastando o fantasma do relativismo**. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). **Direito e Poder: Nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos – Estudos em homenagem a Nelson Saldanha**. Barueri, São Paulo: Manole, 2005.

Data de Submissão: 01/05/2016

Data de Aprovação: 03/06/2016

APONTAMENTOS SOBRE A INTERPRETAÇÃO CONSTRUTIVA DO DIREITO EM RONALD DWORKIN: UM ESTUDO A PARTIR DO JULGAMENTO DA ADPF N. 132.

Flavio Quinaud Pedron¹

RESUMO: Este trabalho tem por objetivo apresentar os principais pontos da teoria do Direito como Integridade, desenvolvida por Ronald Dworkin como proposta hermenêutica e reconstrutiva para o Direito na atualidade. Esta teoria se mostra a proposta mais atraente exatamente por ser capaz de criticar com sucesso tanto as tradições do positivismo jurídico, do jusnaturalismo, bem como do realismo jurídico (quer na versão norte-americana, como na versão europeia). Além disso, apoiando-se em uma teoria hermenêutica baseada em Hans Gadamer, Dworkin promove uma melhor descrição do nosso direito, bem como do funcionamento das instituições públicas a partir da virtude da integridade. Com a defesa da tese da resposta correta, pode-se reconstruir a função jurisdicional sob bases paradigmáticas democráticas, haja vista a negativa da possibilidade de discricionariedade judicial, bem como a justificação para o sentido atual dos princípios jurídicos. Usando o julgamento da ADPF n. 132 como pano de fundo, pretende-se, ainda, exemplificar como essa resposta correta pode ser construída para o caso sub judice, afastando o uso de qualquer postura ativista por parte do STF.

PALAVRAS-CHAVE: Interpretação Construtiva em Dworkin. Teoria do Direito como integridade. União Homoafetiva.

ABSTRACT: This paper aims to present the main points of legal theory of integrity, developed by Ronald Dworkin as a hermeneutical and reconstructive proposal for the law today. This theory shows the most attractive proposition just to be able to successfully criticize the traditions of legal positivism, the natural law and the legal realism (whether in the North American version, as in the European version). In addition, relying on a hermeneutic theory based on Hans Gadamer, Dworkin promotes better description of our law and the functioning of public institutions from the virtue of integrity. To the defense of the thesis of the right answer, it can rebuild the judicial function under democratic paradigmatic bases, due to the negative of the possibility of judicial discretion, and the grounds for the current meaning of legal principles. Using the trial of ADPF n. 132 as a back-

1 Doutor e Mestre em Direito pela UFMG. Professor Adjunto IV da PUC-Minas. Professor Adjunto do IBMEC-MG. Professor do Mestrado da Faculdade de Guanambi – BA. Advogado.

drop, we intend to also exemplify how this right answer can be built for this case, removing the use of any activist stance taken by the STF.

KEYWORDS: Constructive Interpretation in Dworkin. Homosexual Union. Theory of Law as integrity.

I – INTRODUÇÃO

A ADPF n. 132 / RJ foi julgada em maio de 2011, tendo como ministro relator Carlos Ayres de Britto. A petição inicial foi proposta pelo Governador do Rio de Janeiro, sujeito processual legítimo, conforme o art. 103, V, da Constituição de 1988, bem como o art. 2º, da Lei n. 9.882/99.

O presente caso pode ser resgatado para servir de mote para se pensar a teoria do Direito como Integridade. Afinal sob as bases dworkianas pode ficar claro como o resultado do julgamento não pode ser confundido como um ato de ativismo judicial, como alguns alegaram até hoje, pois o STF agiu de modo coerente em face da distinção: criar o direito e descobrir (interpretar) o direito.

A teoria de Dworkin, portanto, pode servir para nos mostrar como é possível compreender o direito a sua melhor luz e, a partir disso, implementar um esquema hermenêutico norteador da atividade jurisdicional, que preserve a legitimidade democrática e o papel da sociedade como uma comunidade de intérpretes da Constituição e do Direito.

Sob tais premissas, é que se pretende, ao final, então, (re)analisar o resultado do julgamento da ADPF n. 132, a fim de verificar se os pressupostos para demarcação do que seja um caso exemplar de uma resposta correta do sentido dado por Dworkin foram mantidos.

II – OS ARGUMENTOS TRAZIDOS PELOS VOTOS DOS MINISTROS DO STF NO JULGAMENTO DA ADPF N. 132

A pretensão, então, buscava uma definição sobre se haveria (ou não) proteção constitucional para as uniões homoafetivas, sob a premissa que as decisões judiciais lhes negam direitos constitucionais, como igualdade, liberdade e dignidade humana². Dessa forma, pleiteava-se uma interpretação ao art. 1.723, do Código Civil³, que incluísse a união homoafetiva dentro do conceito de entidade

2 Em razão dessa problemática, por exemplo, pairava a dúvida sobre a aplicabilidade dos art. 19, incisos II e V, que versa sobre os casos de concessão de licença, e do art. 33, incisos de I a X, sobre benefícios previdenciários e assistenciais, do Estatuto dos Servidores Civis do Estado do Rio de Janeiro (Decreto-Lei n. 220/1975).

3 “Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

familiar união estável. Pedia-se, ainda, que, em sede de medida liminar, fosse declarada a validade das decisões administrativas que equiparam as uniões homoafetivas às uniões estáveis, bem como a suspensão dos processos e decisões judiciais em sentido oposto, até o julgamento final da ação. Fez-se, ainda, um pedido subsidiário para que, caso não recebida a ADPF, esta seja convertida em ADI, a ser processada com pedido de proferimento de interpretação, conforme a Constituição aos artigos 19⁴ e 33⁵, do Decreto-Lei n. 220/75, do Estado do Rio de Janeiro, e ao art. 1.723, do Código Civil.

Dando continuidade ao processo, foram solicitadas informações ao Governador do Rio de Janeiro, bem como a Assembleia Legislativa daquele Estado e aos Tribunais de Justiça dos Estados. Os últimos manifestaram-se, majoritariamente, a favor da equiparação⁶. A Assembleia Legislativa fluminense informou que está em vigor no Estado a Lei n. 5.034/2007, que permite a averbação de companheiros do mesmo sexo como dependentes de servidores públicos estaduais.

Em parecer da Advocacia-Geral da União, o órgão também se posicionou pelo cabimento das uniões homoafetivas dentro do conceito de família, o que também foi consonante com o parecer da Procuradoria-Geral da República.

O ministro relator identificou, ainda, coincidência de objeto com a ADI n. 4.277, proposta pela Procuradoria-Geral da República, também em curso, razão pela qual passou a processá-las conjuntamente.

Iniciando a votação, o Min. Carlos Ayres de Britto abriu sua decisão esclarecendo que conheceria da ADPF n. 132, convertendo-a em ADI e julgando-a em par à ADI n. 4.277. Dessa forma, a questão central estaria na fixação de uma interpretação conforme a Constituição ao art. 1.723, do Código Civil brasileiro,

4 “Art. 19 Conceder-se-á licença: [...] II - por motivo de doença em pessoa da família, com vencimento e vantagens integrais nos primeiros 12 (doze) meses; e, com dois terços, por outros 12 (doze) meses, no máximo; [...] V - sem vencimento, para acompanhar o cônjuge eleito para o Congresso Nacional ou mandado servir em outras localidades se militar, servidor público ou com vínculo empregatício em empresa estadual ou particular”.

5 “Art. 33 - O Poder Executivo disciplinará a previdência e a assistência ao funcionário e à sua família, compreendendo: I - salário-família; II - auxílio-doença; III - assistência médica, farmacêutica, dentária e hospitalar; IV - financiamento imobiliário; V - auxílio-moradia; VI - auxílio para a educação dos dependentes; VII - tratamento por acidente em serviço, doença profissional ou internação compulsória para tratamento psiquiátrico; VIII - auxílio-funeral, com base no vencimento, remuneração ou provento; IX - pensão em caso de morte por acidente em serviço ou doença profissional; X - plano de seguro compulsório para complementação de proventos e pensões. Parágrafo único - A família do funcionário constitui-se dos dependentes que, necessária e comprovadamente, vivam a suas expensas”.

6 Foram discordantes os Tribunais de Justiça do Distrito Federal, de Santa Catarina e da Bahia.

sem restringir a discussão às normas referentes ao Estatuto do Servidor Público civil fluminense (que seria questão prejudicada em virtude da Lei Estadual n. 5.034/2007 (AYRES DE BRITTO, voto na ADPF n. 132, p. 20). O ministro lembra, então, que o art. 3º, IV, da Constituição de 1988⁷, define que a promoção do bem-estar de todos, sem discriminação, inclusive, de natureza sexual, é um dos objetivos da República brasileira; e que por sexo não se estaria apenas sinalizando para a diferença (fisiológica) entre o gênero masculino e o gênero feminino, mas mais que isso: a Constituição, ao consagrar a proteção ao pluralismo sócio-político-cultural, afirma um direito fundamental de igualdade “civil-moral” e, por tal elemento normativo, determina a necessidade de efetivação de políticas públicas afirmativas para a plena e respeitosa convivência entre os cidadãos. Além disso, invoca aqui uma fala que atribui – sem indicar sua fonte precisa – a Kelsen (1999, p.273-274), quando diz que “tudo que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, e está juridicamente permitido”, o que corresponderia à norma presente no art. 5º, II, da Constituição de 1988⁸. Logo, se não há nenhuma norma constitucional tornando ilícita a homossexualidade, o ministro entende que a conclusão deve assentar-se na sua permissão pela Carta Magna. Em uma segunda parte de seu raciocínio, o Min. Ayres de Britto afirma que o direito de respeito à preferência sexual é fundamentado também no princípio da dignidade humana, entendido aqui como o direito à auto realização e à felicidade. Sendo assim, qualquer interpretação em sentido contrário ao reconhecimento de direito às uniões homoafetivas se fundaria em um preconceito, o que a própria Constituição busca reprimir. Como se está diante de direitos fundamentais, o ministro conclui pela auto-aplicabilidade, sendo de plano entendido dentro do conceito de família as uniões homoafetivas; o que dispensa a necessidade do Legislativo de regulamentar o caso por meio de edição de leis (AYRES DE BRITTO, voto na ADPF n. 132, p.32.). É importante destacar que o min. Relator fecha seu voto identificando o conceito de família como um conceito cultural, de modo que a linguagem jurídica não pode tecer nenhuma espécie de controle, nem pode ser reduzido para fomentar leituras preconceituosas e homofóbicas.

O segundo a votar foi o Min. Luiz Fux, que acompanhou o min. Relator ao receber a ADPF n. 132 como ADI e reconhecer a identidade de objeto com a ADI n. 4.227. Preparando a discussão de seu voto, ele estabelece algumas premissas: (1) a homossexualidade é fato social no Brasil, já senso constatada no Censo de 2010 pelo IBGE (FUX, voto na ADPF n. 132, p.60.); (2) não há qualquer norma

7 “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

8 “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

jurídica – constitucional ou infraconstitucional – que defina expressamente tal união como ilícita, inexistindo vedações para suas constituições. Além disso, o Min. Fux, no mesmo sentido que o julgador anterior, entenderá que o Estado não pode ser promotor – mas sim, opositor – de preconceitos, em qualquer das suas formas. Sob esse aspecto, ele argumenta que não há nenhuma distinção ontológica entre a união homoafetiva, o casamento e a união estável como espécies do conceito família. Citando Dworkin (2006), o Min. Fux lembra que a Constituição exige de seu intérprete a assunção de uma leitura que consagre a todos iguais direitos de respeito e de consideração. E, explicando melhor, o ministro defende a igualdade de oportunidades, trazida também por Dworkin. Além disso, o desrespeito comprometeria, ainda, a proteção da dignidade humana dos homossexuais. Logo, uma política de reconhecimento – o que envolve um programa de políticas públicas – deve ser estabelecida para materializar tal igualdade. O Min. Fux cita, então, como exemplo, a Portaria MPS n. 513, do Ministério da Previdência Social, de 09 de dezembro de 2010, que prevê que o conceito de dependentes para fins previdenciários deve abranger a união de pessoas do mesmo sexo. Voltando-se para o pensamento de Hesse (1991), o Min. Fux afirma que as mudanças sociais – como fatos concretos – não podem ser ignoradas pelo mundo jurídico, mas, o que a princípio poderia embasar um argumento favorável à afirmação de uma mutação constitucional, logo é abandonado, pois, na finalização de seu voto, o Min. Fux deixa claro que a questão aqui é de reconhecimento do que já estava na própria lógica da Constituição, sem mencionar qualquer necessidade de alteração normativa. Ou seja, o art. 226 da Constituição, ao proteger a família, já autoriza a declaração do direito à união homoafetiva.

A Min. Cármen Lúcia segue na votação do processo. Seu argumento toma como ponto central a noção de que a Constituição é um conjunto sistêmico de normas, que devem ser interpretadas de modo a produzir uma harmonia dos seus comandos. Assim, a largueza que a ministra atribui como própria das normas constitucionais, permite a ela afirmar que os termos homem e mulher, presentes no art. 226, § 3º, da Constituição de 1988, não podem ser tomados em sua literalidade, sob pena de aniquilar a liberdade sexual dos homossexuais.

O Min. Ricardo Lewandowski (voto na ADPF n. 132, p.103) abre seu voto apresentando um registro do tratamento constitucionalmente dado pelas Constituições anteriores à família. Nas Cartas de 1937, 1946 e 1967, pode-se perceber que o conceito de família se compunha como desdobramento da relação de casamento; o que é distinto da disciplina dada pela Constituição de 1988, que busca desgarrar os dois conceitos, explicitando a existência de outros modelos de família que não se constituem apenas pelo casamento (daí decorrendo a união estável e a família monoparental). Dentro da própria história institucional inaugurada pela Constituição vigente, outro debate foi importante para alargar a compreensão da proteção constitucional à entidade familiar: se a possibilidade de conversão da união estável em casamento constituiria – ou não – condição

sine qua non para o reconhecimento de tal como entidade familiar⁹. Voltando ao debate constituinte, o ministro busca justificar que o sentido do texto constitucional da norma do art. 226, §3º, seria exclusivamente para definição de uma união entre homem e mulher, no sentido próprio. Ou seja, argumenta que o Constituinte intencionalmente haveria vedado o reconhecimento de união estável às uniões homoafetivas. Assim, logo de plano, o ministro descarta falar na aplicação de uma mutação constitucional ou na utilização de uma interpretação extensiva do dispositivo para modificar o sentido do conceito de união estável, e propõe como solução a declaração de uma nova espécie – um quarto gênero – de entidade familiar, a se designar por “relação homoafetiva”. A proteção constitucional a essa espécie derivaria de uma leitura sistêmica do texto constitucional – e não apenas do art. 226 – alinhando os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da intimidade e da não-discriminação por orientação sexual. Ele alega, portanto, fazer uso de uma metodologia de integração normativa, justamente por haver um vácuo normativo que deve incorporar a realidade¹⁰. Desse modo, ele sustenta que não está indo de encontro com a intenção original do Constituinte de 1988, mas construindo entendimento a partir da lacuna que se forma pela realidade social.

Dando continuidade ao julgamento, o Min. Joaquim Barbosa (voto na ADPF n. 132, p.117) afirma que a discussão toca exatamente em um descompasso entre o mundo dos fatos e o mundo jurídico. Igual a outros ministros, irá reconhecer que há um “silêncio constitucional” sobre a matéria, mas entende que, de modo algum, tal silêncio pode ser interpretado como negação. Então, para a superação do problema, lança mão da ideia de que uma ordem democrática tem de assegurar a todos respeito e consideração iguais – citando, inclusive, Dworkin –, e compreendendo que há, sob o pano de fundo da questão, todo um processo histórico que não pode ser negligenciado. Logo, ele também vota favoravelmente ao reconhecimento das uniões homoafetivas.

O próximo voto é de autoria do Min. Gilmar Mendes. Sua primeira observação é a de que a utilização da técnica de interpretação conforme a Constituição seria equivocada, pois não haveria múltiplos sentidos na norma, dos quais o STF necessita assentar um e excluir os demais da validade jurídica (voto na ADPF n. 132, p.147). O §3º do art. 226, em sua visão, prestaria exclusivamente à disciplina da figura da união estável, e influenciaria para permitir ou para proibir as uniões homoafetivas, pois seria conceito distinto. Logo, ele explicita que a manutenção da linha de raciocínio que defende a aplicação da técnica de interpretação,

9 Ver julgamento pelo STF do RE 397.762 / BA, Rel. Min. Marco Aurélio.

10 “Quer dizer, desvela-se, por esse método, outra espécie de entidade familiar, que se coloca ao lado daquelas formadas pelo casamento, pela união estável entre um homem e uma mulher e por qualquer dos pais e seus descendentes, explicitadas no texto constitucional” (LEWANDOWSKI, voto na ADPF n. 132, p.112).

conforme querem os Ministros Ayres de Britto¹¹, Cármen Lúcia e Fux, acabaria por produzir uma alteração da normatividade constitucional, o que ele entende não ser necessário – e nem legítimo¹² –, já que tal proteção não precisaria ser criada, mas poderia ser declarada a partir das mesmas normas que formam a Constituição vigente, isto é, a partir dos princípios da liberdade e da igualdade. Mas, em uma nova assentada, o Min. Mendes registra que na prática a leitura que se faz da norma generaliza o entendimento da proibição das uniões homoafetivas, o que é equivocado, e que sobre tal quadro é que se caberia falar em interpretação conforme. Logo, para o Min. Mendes, a questão deve ser recolocada sob o prisma de proteção dos direitos fundamentais de uma minoria em cumprimento àquilo que estaria na própria essência da jurisdição constitucional. O Min. Gilmar Mendes destaca também que as tentativas de proteção dessa minoria pelo Estado tem sido insuficientes, pois não basta apenas uma ação no sentido de coibir o preconceito, mas um conjunto de políticas públicas voltadas para a promoção da dignidade desse grupo¹³. Assim, ele entende que a decisão que o STF deve tomar não pode representar uma solução definitiva, mas servir para estimular o debate e permitir que a atuação legislativa cuide de definir melhor a questão.

O voto conduzido pelo Min. Marco Aurélio, por sua vez, toma o rumo de uma reconstrução das transformações pelas quais o conceito de família sofreu ao longo da história da humanidade, com incursões pelo direito brasileiro no século passado. Sob a leitura da dignidade humana, o ministro passa a defender

11 O Min. Ayres de Britto (voto na ADPF n. 132, p.126) interrompendo a leitura do voto no Min. Gilmar Mendes, irá explicitar que era exatamente a sua intenção dar ao texto do art. 226, § 3º da Constituição um sentido ampliado, para além da sua literalidade, e, com isso, incluir dentro do conceito de união estável a união homoafetiva. Sob tal linha de raciocínio parece ficar evidenciado – sem que, contudo, o mesmo ministro tenha explicitado – a tentativa de criação de uma mutação constitucional, já que os mesmos buscaram alterar a norma jurídica para incluir a união homoafetiva no conceito de união estável, mas preservando o texto original da Constituição. Mas esta não seria uma interpretação correta da situação, pois na sequência de seu voto o próprio Min. Ayres de Britto acaba reconhecendo que a decisão tem que levar em consideração uma interpretação construtiva do Direito, citando inclusive, o pensamento de Dworkin.

12 Importante, então, registrar essa preocupação com o limite da interpretação e da decisão sobre a Constituição assumida pelo Min. Mendes, bem diferente do voto proferido na Rcl. 4.335 / AC, anteriormente analisado (MENDES, voto na ADPF n. 132, p.154).

13 “Nesse sentido, diferentemente do que expôs o Ministro Relator Ayres Britto – ao assentar que não haveria lacuna e que se trataria apenas de um tipo de interpretação que supera a literalidade do disposto no art. 226, § 3º, da Constituição e conclui pela paridade de situações jurídicas –, evidencie o problema da constatação de uma lacuna valorativa ou axiológica quanto a um sistema de proteção da união homoafetiva, que, de certa forma, demanda uma solução provisória desta Corte, a partir da aplicação, por exemplo, do dispositivo que trata da união estável entre homem e mulher, naquilo que for cabível, ou seja, em conformidade com a ideia da aplicação do pensamento do possível!” (MENDES, voto na ADPF n. 132, p.194-195).

que a finalidade do Estado é permitir a cada cidadão a definição dos seus projetos pessoais de vida, o que inclui o desenvolvimento de sua personalidade de forma livre. Logo, decorre uma obrigação constitucional de não discriminação e de respeito às diferenças na forma de um tratamento equânime, razão segundo a qual ele julga procedente o pedido, aplicando o regime da união estável às uniões homoafetivas.

Na abertura de seu voto, o Min. Celso de Mello registra a pluralização que o debate constitucional ganhou em razão justamente da participação da sociedade na forma do *amicus curiae*. Em um segundo momento, ele tece observações sobre o tratamento discriminatório que a história brasileira registra contra os homossexuais, e conclui no sentido de que tais práticas apoiadas exclusivamente em preconceitos injustificados tem de acabar. No seu entender, a decisão a ser tomada pelo STF, então, tem a função de tornar “efetivo o princípio da igualdade, que assegura respeito à liberdade pessoal e à autonomia individual, que confere primazia à dignidade da pessoa humana e que, rompendo paradigmas históricos e culturais, remove obstáculos que, até agora, inviabilizavam a busca da felicidade por parte de homossexuais vítimas de tratamento discriminatório”. Sendo assim, sua posição é a defesa da aplicação da figura da união estável também para as uniões homoafetivas, na esteira do voto do ministro relator, pois, somente assim, poder-se-á efetivar o direito à busca pela felicidade desses indivíduos. Um traço importante em seu voto é a constatação de que não se trata de ativismo judicial ou de criação por parte da jurisprudência do STF, mas da efetivação de um direito que já se encontrava na ordem constitucional vigente, e que era negligenciado pelos poderes públicos (Min. Celso de Mello, voto na ADPF n. 132, p.261).

O último a votar é o Min. Cezar Peluso. Seu argumento é no sentido de compreender que a norma do art. 226, § 3º, da Constituição, não pode ser lida como *numerus clausus*, razão pela qual as uniões homoafetivas devem ser equiparadas às uniões estáveis. Mas entende que o Legislativo deve se mobilizar para regulamentar melhor tal equiparação.

III – O JULGAMENTO DA ADPF N. 132 COMO EXPRESSÃO CORRETA DE UMA INTERPRETAÇÃO CONSTRUTIVA DO DIREITO E DA CONSTITUIÇÃO

3.1. ALGUMAS CONSIDERAÇÕES ACERCA DA PROPOSTA TEORIA DA INTEGRIDADE EM DWORKIN

Dworkin é, reconhecidamente, um dos mais importantes e mais lidos autores contemporâneos nos campos do conhecimento jurídico, político e filosófico. Sua produção é abundante, consistindo em livros, artigos, ensaios, palestras, orientações etc¹⁴.

14 Quando afirma que o fato de Dworkin ser muito lido, não significa que é bem compre-

Seu traço fundamental é a defesa da integridade¹⁵ como ideal para nortear as práticas jurídico-políticas de uma sociedade, preocupada com o compromisso em dar às práticas do Legislativo e do Judiciário a melhor orientação e leitura possíveis¹⁶. Por isso mesmo, o argumento central de Dworkin é de “que a natureza da argumentação jurídica encontra-se na melhor interpretação moral das práticas sociais existentes” (GUEST, 2010). Dworkin promove um ataque às tradições, tanto do positivismo jurídico (convencionalismo) quanto do realismo jurídico (pragmatismo), para demonstrar como tais tradições compreendem mal o direito.

Aliás, o problema de compreensão do que é o direito assenta-se como o fio condutor de toda a sua pesquisa. Sua tese fundamental resumidamente seria: o raciocínio jurídico é uma forma de exercício de um tipo de interpretação denominada construtiva, o que significa afirmar que o direito deve constituir-se na melhor justificativa possível das práticas jurídicas¹⁷.

O debate jurídico, portanto, traz referências à discussão acerca das *proposições jurídicas*¹⁸ que levantam questões atinentes aos fundamentos do direito, abarcando dois níveis de divergências: as empíricas sobre o direito (qual a lei que deve ser aplicada ao caso?); e as teóricas sobre o direito (concordam com a aplicação de uma determinada lei, mas, ainda sim, divergem quanto ao fato desta

endido. Várias são as leituras que parecem confundir as conclusões a que o norte-americano chega, principalmente por compará-lo equivocadamente à linha de pensamento que é assumida por Robert Alexy e sua técnica de ponderação de princípios.

15 A “integridade torna-se um ideal político quando exigimos o mesmo do Estado ou da comunidade considerados como agentes morais, quando insistimos em que o Estado aja segundo um conjunto único e coerente de princípios mesmo quando seus cidadãos estão divididos quanto à natureza exata dos princípios de justiça e [equanimidade] corretos” (DWORKIN, 1999, p.202).

16 “Temos dois princípios de integridade política: um princípio legislativo, que pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente, e um princípio jurisdicional, que demanda que a lei, tanto quanto possível, seja vista como coerente nesse sentido” (DWORKIN, 1999, p.213).

17 Essa última informação é importante porque expressa uma ideia vital em Dworkin: a de que o direito não é algo restrito a um espaço estatal, como um Tribunal ou um órgão legislativo, ao contrário, ele se faz presente constantemente na vida em sociedade, do nascimento até depois da morte das pessoas, estabelecendo o sentido do que seja ser cidadão, empregado, proprietário, cônjuge etc.

18 Segundo Dworkin (1999, p.6), as proposições jurídicas variam de declarações muito gerais – como “a Constituição proíbe o tratamento discriminatório em razão da opção religiosa” – até declarações bem menos gerais, ou até concretas – como “a lei exige que a Acme Corporation indenize John Smith pelo acidente de trabalho que sofreu em fevereiro último”. Essas proposições são muitas vezes avaliadas como verdadeiras ou falsas – mas há quem sustente que elas podem ser mais bem descritas como “bem fundadas” ou “infundadas”; todavia essa distinção não traz qualquer acréscimo à discussão.

esgotar ou não os fundamentos do direito)¹⁹. Dito de outro modo:

A divergência empírica sobre o direito quase nada tem de misteriosa. As pessoas podem divergir a propósito de quais palavras estão nos códigos da mesma maneira que divergem sobre quaisquer outras questões de fato. Mas a divergência teórica no direito, a divergência quanto aos fundamentos do direito, é mais problemática (DWORKIN, 1999, p. 08).

Dworkin, então, pontua que as teorias que buscam reduzir o debate acerca das proposições jurídicas a uma controvérsia quanto aos fatos, na realidade, centram-se em discussões empíricas ligadas aos eventos concretos e históricos que sustentam a lide²⁰. Assim, uma compreensão das questões jurídicas como meros fatos acaba por reduzir o Direito, afirmando que ele nada mais é do que aquilo que as instituições jurídicas (casas legislativas ou tribunais), decidiram no passado (DWORKIN, 1999, p. 10). Destarte, tudo poderia ser resolvido por meio de uma visita aos arquivos que guardam essas decisões, e, com isso, não haveria qualquer sentido na divergência teórica sobre o Direito²¹. Toda divergên-

19 A divergência empírica poderia ser exemplificada da seguinte forma: juristas concordariam que a velocidade máxima no Estado da Califórnia é de 90 km/h, uma vez que há, na lei de trânsito, uma afirmação expressa nesse sentido. Todavia, tais juristas poderiam discordar desse limite se não houvesse a mesma afirmativa. Diferentemente, a divergência teórica denota que eles concordam sobre o que diz a legislação e as decisões judiciais, mas discordam quanto àquilo que a lei de trânsito realmente é, uma vez que parece haver uma discussão no sentido de saber se o corpus do Direito escrito ou o conjunto de decisões judiciais esgotam ou não os fundamentos pertinentes ao Direito. Desse modo, a divergência teórica é bem mais complexa do que uma mera discussão sobre quais palavras estão presentes nos códigos, sendo bem mais problemática.

20 Segundo obra mais recente, Dworkin (2010, p.16) afirma que a controvérsia semântica se sustenta no fato de que as pessoas analisam a questão reduzindo-a a um critério menos abstrato, que se apoia em uma estrutura física ou biológica. A dúvida que se poderia ter diante de um tigre ou de outro felino, por exemplo, dirá Dworkin (2010, p.16), poderia ser solucionada por meio da coleta e análise do DNA do espécime. Se, de fato, o exame identificasse que o DNA desse animal corresponde ao DNA já conhecido cientificamente de um tigre, o sujeito poderia, seguramente, afirmar que se trata de tal animal. Todavia, a grande maioria das pessoas desconhece tal critério, até mesmo por ser muito técnico e somente estar disponível a um número bem restrito de cientistas. Desse modo, essas pessoas poderiam utilizar outro critério (mais geral) para definir um tigre: poderiam dizer que um tigre “é uma fera muito grande, perigosa e listrada que pode ser encontrada tanto em zoológicos quanto na selva” (DWORKIN, 2010, p.16-17). Mesmo ao lado dos cientistas que conhecem o critério biológico do DNA, essas pessoas seriam capazes de afirmar quantos tigres haveria em uma jaula. O critério científico apenas parece afirmar que se “descobriu uma verdadeira essência” de algo (DWORKIN, 2010, p.17). Todavia, essa via empírica é absolutamente sem sentido e inaplicável aos conceitos oriundos das Ciências Humanas e Ciências Sociais aplicadas. No campo da literatura, por exemplo, o critério biológico é inútil para a interpretação do poema *The Tyger*, de William Blake.

21 Dworkin (1999, p.12) lembra que, no senso comum existente na sociedade, os repertórios de legislação e de jurisprudência conteriam normas jurídicas e interpretações

cia seria exclusivamente aparente, pois seria uma discussão política travestida de discussão jurídica. Desse modo, seus defensores devem enfrentar duas questões: os juízes limitam-se a aplicar o Direito existente, deixando para os legisladores o trabalho de aperfeiçoamento; e, no curso de um processo, quando há ausência de decisão institucional passada, atribuem a possibilidade de criação de uma norma e sua aplicação retroativa.

Sofisticando um pouco mais a percepção do direito como uma questão de fato, Dworkin identificará um conjunto de teorias sob o título de teorias semânticas do direito. Segundo tais teorias, existem critérios para estabelecer o sentido da uma determinada palavra, o que é determinante para o estabelecimento da correção da proposição jurídica²². Logo, todo o debate do direito pode ser reduzido ao “uso” dos conceitos jurídicos, e, com isso, ignora-se todas as conquistas e avanços trazidos pelo giro linguístico operado pela filosofia da linguagem e pela hermenêutica.

A tradição do positivismo jurídico parece exatamente se inserir nesse grupo de teoria semânticas, já que, em todas as suas versões, parece trazer um núcleo comum, identificado por Dworkin. Para essas teorias: (1) o Direito é formado exclusivamente por um conjunto de regras, que podem ser diferenciadas das demais regras – por exemplo, as regras de natureza moral – por meio de um critério que, ironicamente, pode ser chamado de teste de pedigree da regra; (2) o conjunto de regras deve abranger, na maior medida possível, as relações jurídicas existentes em uma sociedade, mas no caso de lacuna – isto é, quando se está diante de um caso difícil –, o magistrado fica autorizado a decidir com base discricionária, inclusive indo além do Direito na busca desse novo padrão de orientação; e (3) na ausência de regra jurídica válida, compreende-se que não há obrigação jurídica; logo, quando o magistrado, no exercício de sua discricionariedade, decide um caso difícil, ele não está fazendo valer um direito correspondente à matéria controversa; ele está, sim, criando normas jurídicas.

Mas o positivismo não é a única espécie de teoria semântica do Direito. Existem mais duas escolas bastante populares e que se apresentam como rivais capazes de abarcar cada questão que se possa trazer à presença de um juiz. Todavia, os acadêmicos partidários da tese do Direito como simples questão de fato reconhecem a possibilidade de lacuna, isto é, de inexistência de qualquer decisão institucional anterior – seja ela legislativa ou judicial. Nesse caso, a solução vem pela via do uso do discernimento do magistrado, que cria uma nova norma, preenchendo assim a lacuna, e aplica-a retroativamente ao caso pendente de decisão.

22 O Direito fará uso do que Dworkin (2010, p.17) chama de conceitos interpretativos, que estão ligados a uma determinada prática social que lhe dá sentido. Por exemplo, em uma peça de um jogo de xadrez, o conceito natural (estrutural) apenas explicitaria a sua forma, resistência, material etc.; mas nada disso é capaz de explicar o que é tal peça para o jogo e como ela se movimenta. Apenas o conceito compartilhado por todos aqueles que jogam o xadrez pode definir se estamos diante de um bispo ou de uma torre. (DWORKIN, 2010, p.19).

da primeira: (1) a escola do Direito Natural – entendendo aqui, sob tal título, diversos agrupamentos – sustenta que os juristas seguem critérios que não são inteiramente factuais, mas principalmente de ordem “moral” – termo entendido em amplitude de significado, haja vista, por exemplo, a existência de defensores de uma teoria jurídica apoiada por razões de natureza até mesmo religiosa. Uma versão radical identifica o Direito com a justiça, o que significa que nenhuma proposição jurídica injusta pode ser considerada verdadeira. Contudo, versões menos radicais, por outro lado, afirmam que a Moral é, às vezes, relevante para a verdade das proposições jurídicas; (2) a escola do realismo jurídico, desenvolvida nos Estados Unidos no início do século XX, afirma que o Direito não existe – lembrando o Justice Holmes, resulta apenas daquilo que o juiz tomou em seu café da manhã – sendo apenas diferentes tipos de previsões.

Essas teorias estariam, portanto, presas a um agulhão semântico (DWORKIN, 1999, p. 55), que é insustentável em si mesmo. Por isso mesmo, Dworkin concluirá que a verdadeira divergência sobre o direito é de cunho teórico, e que, para compreendê-la, os participantes da prática jurídica, devem antes, ser capazes de assumir uma *atitude interpretativa*²³. Em tal situação, os participantes do debate são levados a pensar sobre as melhores interpretações²⁴ de uma prática ou de uma tradição, voltando-se para uma compreensão que é, em si, dinâmica e histórica.

No campo do direito, cabe, desde já, uma ressalva: há, na ideia de melhor interpretação do direito, uma dimensão de moralidade, o que, em Dworkin 23 Guest (2010, p.18) lembra que muitos irão criticar Dworkin justamente pela falta de um maior detalhamento acerca de sua abordagem, alegando que o autor carece de uma metodologia. Todavia, é esse mesmo o propósito do jurista norte-americano. Em momento algum, ele se prestará a cair na tentação de desenvolver algo do tipo, pois é ciente da crítica de Gadamer ao método. Ao invés disso, apostará em uma abordagem intuitiva e prática, mais concernente a uma mudança de postura que deve ser operada do que a um conjunto de regras que devem ser seguidas.

24 “Tudo está contido na ideia de ‘melhor’, e isso pode parecer a algumas pessoas como um convite à dúvida. Mas isso seria errado. Trata-se simplesmente do fato de que nós entendemos o que são interpretações ruins (‘Hamlet é uma peça sobre maneiras cortesês’, por exemplo, ou ‘A Quinta Sinfonia de Beethoven consiste de algumas notas boas e desprezíveis, mas não muito mais do que isso’), e que boas interpretações devem ser preferidas a interpretações desse tipo. Uma objeção comum é aquela segundo a qual algumas vezes nós devemos tentar colocar as coisas não sob sua melhor luz, mas sob uma luz pior, ou até mesmo sob a pior das luzes. Algumas vezes nós podemos pensar que a forma sensível de retratar algo é pintar o seu pior retrato possível. Mas não há nada na ideia da melhor interpretação da ascensão de Adolf Hitler, por exemplo, que nos obrigue a mostrá-lo como moralmente bom. Pintar o melhor retrato possível dele é compatível com mostrá-lo como o pior monstro possível. No sentido exigido de ‘melhor’, a melhor interpretação de Hitler não seria atingida pela supressão de fatos, ou por só enxergar os eventos a partir de seu ponto de vista, ou por restringir a interpretação apenas aos materiais históricos dos arquivos de seus funcionários” (GUEST, 2010, p.32, grifo no original).

(2011), significa exatamente o dever de tratar a todos com igual consideração e respeito. Além disso, a estratégia de Dworkin é levar em conta que a atividade interpretativa exige a assunção de uma perspectiva interna – o olhar do participante – das práticas jurídicas, afastando a ideia positivista de um observador neutro.

Aclarando melhor a ideia, Dworkin informará que a interpretação das práticas sociais mostra-se como algo complexo, que pode ser constituído de três posturas distintas. Na interpretação conversacional, os falantes buscam se entender uns com os outros e, para tanto, interpretam os sons ou sinais que eles produzem. Aqui, tem-se uma forma de interpretação intencional, voltada para a compreensão dos motivos e intenções do orador. Já na interpretação científica, tem-se a figura de um cientista que coleta dados e que, só em um segundo momento, os interpreta, sempre visando respostas para suas pesquisas. Trata-se de uma forma causal. Por último, na interpretação artística, tem-se a figura de críticos que interpretam obras de arte para, com isso, procurar justificar um determinado ponto de vista sobre o sentido, tema ou propósito dessa certa obra de arte. Trata-se, aqui, de uma interpretação construtiva, já que se liga mais a uma preocupação com o propósito do que com a causa de algo, demandando uma interação entre esse propósito e o objeto.

Esse esforço não é destinado à elaboração de um quadro rígido de separação, mas, na realidade, destaca o papel do intérprete em cada caso. Por isso, é que Dworkin afirma que a interpretação das práticas sociais é muito mais próxima da interpretação artística do que as demais²⁵; isso porque ambas interpretam algo criado pelas pessoas, assumindo que essa criação e o seu criador não se confundem, sendo, logo, figuras distintas. Há no interior dessa dinâmica, então, uma forma de interpretação criativa, que difere das propostas de autores da hermenêutica como Schleiermacher ou Dilthey, já que o intérprete não está em uma conversa com o autor da obra acerca de suas intenções. Diferentemente, na interpretação criativa, o foco está no propósito e não na causa: o propósito é do intérprete, não do autor, mas nada pode levar a considerar a interpretação criativa como algo que se move sem rumos, à deriva, ou de maneira irracional. A coerência narrativa, em um caso, ou normativa, em outro, marca a existência de parâmetros mínimos no processo interpretativo.

Com isso, Dworkin (1999, p. 85-86) destaca que, cada etapa da prática social interpretada, acaba por revelar uma concepção distinta da própria prática que representa o conceito. Deve-se, então, registrar aqui que, em momento algum, pode-se corroborar com a leitura que afirme que tal atitude interpretativa conduzirá à interpretação das práticas sociais e do direito a um campo de subjetivismo,

25 Há, na interpretação artística, a exigência de tratar o objeto (ou a prática) como o melhor possível; o que, todavia, não decorre da afirmação de que o intérprete pode fazer ou compreender o que bem quer, pois, lembrando o princípio gadameriano da história efetual, tem-se que “a história ou a forma de uma prática ou objeto exerce uma coerção sobre as interpretações disponíveis destes últimos” (DWORKIN, 1999, p.64).

dentro do qual qualquer proferimento é válido. Ao contrário, Dworkin afirma a possibilidade e a importância de uma resposta correta. Sendo assim, ele combate tanto o ceticismo interior quanto o ceticismo exterior²⁶.

A proposta de Dworkin investe na virtude da integridade – na forma de uma coerência de princípios; isto é: “Um juiz que visa à coerência de princípio se preocuparia, de fato, com os juízes de nossos exemplos, com os princípios que seria preciso compreender para justificar leis e precedentes do passado”²⁷. A ideia de integridade é tão básica como a máxima de que casos semelhantes devem receber o mesmo tratamento. Dworkin assume os seguintes pressupostos: (1) equanimidade (fairness), que levanta exigências por encontrar os procedimentos políticos que distribuam o poder político de maneira adequada; (2) justiça (justice), ligada às decisões que as instituições políticas devem tomar²⁸; e (3) devido processo legal adjetivo (procedure due process), que diz respeito a procedimentos corretos para julgar se algum cidadão infringiu as leis estabelecidas pelos procedimentos políticos²⁹.

A integridade se apresenta, então, sob a forma de um princípio dúplice, de modo que é possível falar em um princípio de integridade na legislação (legislative principle), que irá pedir aos que criam o Direito por legislação que o mante-

26 *“Internal skepticism about morality is a first-order, substantive moral judgment. It appeals to more abstract judgments about morality in order to deny that certain more concrete or applied judgments are true. External skepticism, on the contrary, purports to rely entirely on second-order, external statements about morality”* (DWORKIN, 2011, p.31). Tradução livre: “O ceticismo interno sobre a moralidade é um julgamento moral substantivo e de primeira ordem. Ele apela para julgamentos mais abstratos sobre moralidade no sentido de negar que certos julgamentos mais concretos ou aplicados sobre modalidade são verdadeiros. O ceticismo externo, ao contrário, pretende confiar em afirmações de segunda ordem, externas sobre moralidade”.

27 E complementa: “o direito como integridade supõe que as pessoas têm direitos – direitos que decorrem de decisões anteriores de instituições políticas, e que, portanto, autorizam a coerção – que extrapolam a extensão explícita das práticas políticas concebidas como convenções. O direito como [integridade] supõe que as pessoas têm direito a uma extensão coerente, e fundada em princípios, das decisões políticas do passado, mesmo quando os juízes divergem profundamente sobre seu significado. Isso é negado pelo convencionalismo: um juiz convencionalista não tem razões para reconhecer a coerência de princípio como uma virtude judicial, ou para examinar minuciosamente leis ambíguas ou precedentes inexatos para tentar alcançá-la” (DWORKIN, 1999, p.164).

28 “Se aceitarmos a justiça como uma virtude política, queremos que nossos legisladores e outras autoridades distribuam recursos materiais e protejam as liberdades civis de modo a garantir um resultado moralmente justificável” (DWORKIN, 1999, p.200).

29 “[...] se o aceitarmos [o devido processo legal adjetivo] como virtude, queremos que os tribunais e as instituições análogas usem procedimentos de prova, de descoberta e de revisão que proporcionem um justo grau de exatidão, e que, por outro lado, tratem as pessoas acusadas de violação como devem ser tratadas as pessoas em tal situação” (DWORKIN, 1999, p.200-201).

nam coerente quanto aos princípios; e um princípio de integridade na aplicação judicial do Direito (adjudicative principle), que irá pedir aos magistrados que vejam o Direito e façam-no cumprir como sendo coerente nesse sentido³⁰. A sociedade que aceita a integridade como virtude político-jurídica, então, converte-se em um tipo especial de organização, que Dworkin designará como sendo uma comunidade de princípios.

A ideia, então, de uma integridade na legislação traz uma importante transformação sobre o que significa a atividade legiferante, já que se converte em uma arena de debates sobre quais princípios a comunidade deve adotar como sistema, bem como sobre que concepções de equanimidade, justiça e devido processo legal adjetivo devem pressupor. Por isso mesmo, é correto dizer que os direitos e os deveres dos membros dessa comunidade não irão se restringir às decisões particulares tomadas pelas instituições, sendo, logo, dependentes do sistema de princípios que essas decisões pressupõem e endossam.

Sob o aspecto da atividade judicante, a ideia de uma integridade na jurisdição deve se comprometer com a adoção de uma interpretação criativa, isto é, assumir que o juiz de um caso concreto desempenha sua função com responsabilidade política, e que assume determinada teoria política que melhor justifique as práticas de sua comunidade. Tal raciocínio é exposto em dois momentos: em primeiro lugar, a partir da figura do juiz Hércules e, em seguida, com o recurso ao argumento do romance em cadeira.

O ponto de partida é o esquema de raciocínio desenvolvido pelo jurista norte-americano, mas até hoje muito criticado: o juiz Hércules, um magistrado ideal – o que, obviamente, significa que ele não existe na realidade e ninguém terá condições de imitá-lo completamente. Sua existência justifica-se apenas para que Dworkin exponha o que venha a ser a postura hermenêutica que se espera de um juiz real. O desafio posto para Hércules é reconhecer o direito como algo criado por meio de leis, mas, igualmente, seguir as decisões que o próprio Judiciário

30 “O direito como integridade, portanto, começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. Não pretende recuperar, mesmo para o direito atual, os ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram. Pretende, sim, justificar o que eles fizeram [...] em uma história geral digna de ser contada aqui, uma história que traz consigo uma afirmação complexa: a de que a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado. O direito como integridade deplora o mecanismo do antigo ponto de vista de que ‘lei é lei’, bem como o cinismo do novo ‘relativismo’. Considera esses dois pontos de vista como enraizados na mesma falsa dicotomia entre encontrar e inventar a lei. Quando um juiz declara que um determinado princípio está imbuído no direito, sua opinião não reflete uma afirmação ingênua sobre os motivos dos estadistas do passado, uma afirmação que um bom cínico poderia refutar facilmente, mas sim uma proposta interpretativa: o princípio se ajusta a alguma parte complexa da prática jurídica e a justifica; oferece uma maneira atraente de ver, na estrutura dessa prática, a coerência de princípio que a integridade requer” (DWORKIN, 1999, p.274).

tomou no passado. Isso o levará a construir um sistema baseado em princípios jurídicos capaz de fornecer a melhor justificativa para os precedentes judiciais, e também para as leis e para a Constituição. É claro que Hércules não deve reproduzir todas as decisões, mas sim, filtrar, no curso da *história institucional*³¹, os erros e acertos, desenvolvendo, assim, uma teoria dos erros institucionais – o que, mais uma vez, destaca sua opção por uma teoria hermenêutica crítica. Essa teoria dos erros institucionais é dividida em duas partes: uma que mostra quais as consequências de se considerar um evento institucional como um erro e outra que limita o número de erros que podem ser excluídos. Essa primeira parte tem por base duas distinções: (1) de um lado, tem-se a autoridade de qualquer evento institucional – capacidade de produzir as consequências que se propõe – e, do outro, a força gravitacional do evento. A classificação de um evento como um erro se dá apenas questionando sua força gravitacional e inutilizando-a – sem, com isso, comprometer sua autoridade específica; e (2) a outra distinção é entre erros enraizados – os quais não perdem sua autoridade específica, não obstante não detenham mais sua força gravitacional – e erros passíveis de correção – cuja autoridade específica é acessória à força gravitacional. Assim, sua classificação garantirá autoridade às leis, mas não a sua força gravitacional. A segunda parte da teoria de erros compõe-se de uma justificação mais detalhada, na forma de um esquema de princípios, para o conjunto das leis e das decisões, já que sua teoria dos precedentes é construída a partir da equanimidade³². Duas máximas podem

31 “A história institucional da sociedade, nesta perspectiva, não age como um limite, ou um constrangimento à atividade jurisdicional. Ao contrário, ela atua como um ingrediente desta atividade [...]. Os direitos dos indivíduos são, ao mesmo tempo, frutos da história e da moralidade de uma determinada comunidade. Estes direitos dependem das práticas sociais e da justiça das suas instituições” (KOZICKI, 2000, p.184-185).

32 “A segunda parte de sua teoria dos erros deve demonstrar que ela é, não obstante isso, uma justificação mais forte do que qualquer alternativa que não reconheça erros, ou que reconheça um conjunto diferente de erros. Essa demonstração não pode ser uma dedução a partir de regras simples de construção teórica, mas, se Hércules tiver em mente a ligação que anteriormente estabeleceu entre precedente e [equanimidade] tal ligação indicará duas diretrizes para sua teoria. Em primeiro lugar, a [equanimidade] vincula-se à história institucional não apenas [como] história, mas como um programa político ao qual o governo se propõe a dar continuidade no futuro; em outras palavras, ela vincula-se a implicações futuras do precedente, e não às passadas. Se Hércules descobrir que alguma decisão anterior, seja uma lei ou uma decisão judicial, é presentemente muito criticada no ramo pertinente da profissão, tal fato, por si só, revela a vulnerabilidade daquela decisão. Em segundo lugar, Hércules deve lembrar-se de que o argumento de [equanimidade] que exige consistência não é o único argumento de [equanimidade] ao qual devem responder o governo em geral, e os juízes em particular. Se Hércules acreditar, deixando de lado qualquer argumento de consistência, que uma lei ou uma decisão específica é errônea por não ser equitativa no âmbito do conceito de [equanimidade] da própria comunidade, essa crença será suficiente para caracterizar tal decisão e torná-la vulnerável. Ele deve, por certo, aplicar as diretrizes sem perder de vista a estrutura vertical de sua justificação

ser extraídas dessa segunda parte: (1) caso Hércules possa demonstrar que um princípio que, no passado, serviu de justificação para decisões do legislativo e do judiciário hoje não dará origem a novas decisões por ele regidas; então, o argumento de equanimidade se mostra enfraquecido; e (2) se ele mostrar, através de um argumento de moralidade política, que o princípio é injusto, o argumento de equanimidade que o sustenta é inválido.

A construção da metáfora do juiz Hércules, entretanto, não encerra o trabalho de construção da teoria dworkiana, de modo que Dworkin continua a explicitar seu raciocínio, agora, fazendo uso de outra da metáfora: o romance em cadeia. Resumidamente, cada juiz, igual a um romancista de um grupo³³, é responsável pela redação de um capítulo de uma obra já iniciada. Nessa lógica, ele deve preocupar-se com a ligação do seu capítulo com o que já fora escrito e, concomitantemente, garantir uma abertura para que o escritor seguinte possa dar continuidade ao empreendimento. Essa ideia deixa claro o compromisso com a integridade e sua dimensão de adequação (fit). E mais, a assunção por Dworkin de uma postura interpretativa construtiva (crítica), já explicita o fato de que a decisão de um caso produz um “acréscimo” em uma determinada tradição, não sendo apenas uma repetição da mesma. Logo, cada magistrado, assim como cada romancista, tem, ao mesmo tempo, a função de intérprete e de criador. Além disso, Dworkin levanta uma hipótese estética, segundo a qual a interpretação não visa a busca por uma descrição livre de valores, nem a descoberta da intenção do autor, mas tornar o que se interpreta o melhor possível (CATTONI DE OLIVEIRA, 2007. p.91-117). No caso do direito, o magistrado não pode, portanto, descuidar-se do caso pendente de julgamento; deve tratar todos os casos que lhe são apresentados como um hard cases e comprometer-se em uma empreitada para solucioná-lo à luz da integridade do Direito³⁴. Isso impõe a ele a exigência de não levar em con-

geral, de modo que as decisões tomadas em um nível inferior sejam mais vulneráveis do que as que pertencem a um nível superior” (DWORKIN, 2002, p.191).

33 “Em tal projeto, um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade” (DWORKIN, 1999, p.276).

34 “Cada juiz, então, é como um romancista na corrente. Ele deve ler tudo o que outros juízes escreveram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, ou seu estado de espírito quando o disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes fizeram coletivamente, da maneira como cada um de nossos romancistas formou uma opinião sobre o romance escrito até então. Qualquer juiz obrigado a decidir uma demanda descobrirá, se olhar nos livros adequados, registro de muitos casos plausivelmente similares, decididos há décadas ou mesmo séculos por muitos outros juízes, de estilos e filosofias judiciais e políticas diferentes, em períodos nos quais o processo e as convenções judiciais eram diferentes. Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como

sideração apenas a sua própria perspectiva, mas sim, fundamentar suas decisões naquilo que designará por moralidade política, que levanta as exigências de que todos sejam tratados com igual respeito e consideração. A atividade jurisdicional, então, é sempre uma atividade que se processa a partir da compreensão, identificação e aplicação de princípios jurídicos. Estes, por sua vez, não nascem do nada, nem são criados pelo Judiciário; eles estão assentados nas práticas já fixadas pela comunidade e incorporados pela própria Constituição.

Essa atividade jurisdicional, então, tem que abraçar a afirmação de que é possível uma resposta correta para o julgamento de um dado caso particular, o que significa aplicar o princípio adequado ao caso concreto. Ora, uma vez que Dworkin reconhece a existência de princípios que podem prover soluções para os litígios, ele nega uma das teses básicas do positivismo jurídico, que a existência de lacunas normativas que autorizam o magistrado a agir discricionariamente ao criar uma norma, e aplicá-la retroativamente. Logo, a “função criativa” do judiciário para os casos difíceis, defendida pelos positivistas, é rechaçada por Dworkin.

3.2 - A NEGATIVA DA TESE DOS “DIREITOS NÃO-ENUMERADOS” PELA TEORIA DO DIREITO COMO INTEGRIDADE E OS REFLEXOS DESSA DISCUSSÃO PARA A ADPF N. 132

Um desdobramento muito importante da teoria da integridade na tradição norte-americana diz respeito à negativa da afirmação corriqueira de que a Constituição traria “direitos não-enumerados” (DWORKIN, 2006). Na realidade, tal discussão é pertinente, pois pode servir não apenas para uma melhor compreensão do papel da Constituição, mas também para lançar luzes sobre julgamento da ADPF n. 132.

O ponto de partida está em como se deve compreender e interpretar a Declaração de Direitos. Após uma leitura do documento, pode-se perceber que algumas partes trazem normas bem concretas, como o caso da Terceira Emenda, que proíbe o aquartelamento de tropas em tempo de paz. Todavia, outros pontos transmitiram uma ideia de média abstração, como o caso da Primeira Emenda, que garante a liberdade de expressão, de imprensa e de religião. E, por fim, podem-se encontrar outros momentos nos quais o grau de abstração será máximo, como na Décima Quarta Emenda, que estabelece o direito de “igualdade” de proteção das leis, assegurando que nem a vida, nem a liberdade, nem a propriedade de alguém serão tomadas sem o “devido processo legal”.

Para Dworkin, da leitura do documento constitucional, então, pode-se esparceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturadas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção” (DWORKIN, 2005, p.238).

tabelecer um corpo de princípios que irão definir o ideal político: assegurar que o Estado tenha a obrigação de tratar a todos com a mesma consideração e respeito. Sob esse prisma, o conjunto de princípios pode ser considerado abrangente, já que, sem qualquer sobreposição, ordena tanto a igualdade de consideração quanto as liberdades básicas dos cidadãos³⁵.

Tal situação, entretanto, aos olhos de muitos membros da comunidade jurídica norte-americana, pode representar um incremento de poderes para o Judiciário norte-americano, uma vez que este acaba tendo “a última palavra acerca da interpretação da Constituição” (DWORKIN, 2006, p. 117-118). Caberá, então, aos juízes a função de detalhar e declarar em concreto o que se poderá entender por igualdade de consideração, ou o que são efetivamente as liberdades básicas. Muitos irão se revoltar contra tal quadro, principalmente por medo de que juízes passem a impor suas próprias convicções – de modo que um magistrado mais liberal ou mais conservador produzirão decisões díspares.

Em oposição a tal quadro é que se levanta a estratégia revisionista, que simplesmente negará a estrutura abrangente e principiológica da Declaração de Direitos. Ao invés de verem nela uma “concepção geral de justiça”, preferem compreendê-la como uma “lista obsoleta das exigências particulares que um pequeno número de pessoas, há muito tempo, por acaso considerava importante” (DWORKIN, 2006, p. 119). Essa corrente, de fato, consegue ganhar adeptos e prestígio no interior da tradição jurídica norte-americana, acusando de “ativistas” aqueles que estão dispostos a sair das “quatro paredes” da Constituição³⁶. Como consequência, todas as proposições jurídicas desenvolvidas por tais correntes levam a cabo a tentativa de ancorar a interpretação a um determinado fato semântico tido como crucial – ou seja, se apegam a uma determinada propriedade da linguagem para identificar o “sentido” do texto a partir da intenção dos seus³⁷.

35 “Em nossa cultura, são essas as duas principais fontes de todas as afirmações de direitos individuais. Por isso, é estranho que uma pessoa que acredita que cidadãos livres e iguais deveriam ter a garantia de um determinado direito individual não pensa também que a própria Constituição já contém esse direito, a menos que a história constitucional o tenha rejeitado de forma decisiva” (DWORKIN, 2006, p.117). Mais à frente o autor prossegue: “Com efeito, é muito possível que, mesmo que a Primeira Emenda não existisse, os tribunais norte-americanos já tivessem há muito tempo deduzido as liberdades de expressão, imprensa e religião das garantias de liberdade básicas da Quinta e da Décima Quarta Emendas” (DWORKIN, 2006, p.117).

36 “Sob esse importante aspecto político, o gigantesco esforço de revisar e diminuir a amplitude da Declaração de Direito deu certo. Mas sob o aspecto substantivo, deu totalmente errado – não porque elaborou interpretações alternativas coerentes que não foram aceitas, mas porque não consegui elaborar absolutamente nenhuma interpretação alternativa coerente” (DWORKIN, 2006, p.119).

37 “Afirmam que os grandes artigos constitucionais não devem ser entendidos como declarações de exigências morais abstratas, como acontece quando são lidos de modo não-contextual, mas devem ser compreendidos num sentido diferente e muito menos amplo,

O juiz Robert Bork é um importante nome dessa corrente – batizada por Dworkin como “historicismo fraco”, que defende a inexistência de direitos não explicitamente previstos pelo texto constitucional. Por outro lado, outros juristas irão afirmar que tais “direitos não-enumerados” existem. Por tal designação, entendem um “conjunto determinado de direitos constitucionais reconhecidos ou controversos, como por exemplo, o direito de locomoção, o direito de associação, e o direito à privacidade, do qual decorre o direito ao aborto, se é que este direito existe” (DWORKIN, 2006, p. 122)³⁸. E daí esse grupo discute quais os limites para o Judiciário se posicionar sobre a sua aplicação.

Mas, para a tese do direito como integridade, na verdade, ambas as posições estão desprovidas de razão. Para explicar sua posição, Dworkin fará uso do seguinte exemplo: imagine que as normas e regulamentos de um aeroporto proíba que seus passageiros portem armas de fogo, facas e explosivos em suas bagagens de mão; pelo uso da interpretação, os funcionários desse aeroporto entendem que latas de gás lacrimogêneo também devem ser proibidas, pois acreditam que tais objetos podem, igualmente às armas de fogo, facas e explosivos, serem usadas para atos criminosos, como sequestro ou terrorismo. A questão fica agora em saber se, uma vez que o gás lacrimogêneo não estava na lista original, teriam os funcionários do aeroporto autoridade (legitimidade) para acrescentar uma “arma não-enumerada” à lista dada? Sob o ponto de vista meramente semântico, é certo que o gás lacrimogêneo não poder ser encaixado nas categorias arma de fogo, facas ou explosivos.

Ora, no campo jurídico, deve-se atentar para uma peculiaridade: a Declaração de Direitos e também a Constituição são compostas por princípios amplos e abstratos, mas que representam as dimensões de moralidade política que justificam um direito constitucional. Logo, o que está em foco aqui não é apenas uma questão de “referência”, mas de interpretação. Sob esses aspectos, pode-se refletir se a cláusula de igual proteção abrange mulheres contra discriminações sexuais injustificadas, ou se a Primeira Emenda garante um direito de protesto que autoriza a queima da bandeira norte-americana; ou ainda, se a igual proteção às liberdades básicas oferece às mulheres um direito de optar por fazer ou não um aborto. Na tradição norte-americana, os dois primeiros casos fazem referência ao que se considera ser “direitos enumerados”, pois seriam casos particulares de um direito mais geral, mas declarado pela Constituição, ainda que de forma abstrata. Já o terceiro, é um caso típico do que se chama de “direitos não-enumerados”, pois, no máximo, ele estaria implícito na Constituição. Dworkin (2006, p. 124), então, pretende demonstrar que, na realidade, os três exemplos são idênticos,

determinado pela suposta ‘intenção’ de um grupo presumido de ‘autores’” (DWORKIN, 2006, p.121).

38 DWORKIN, Ronald. O Direito da Liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 122.

pois todos se apoiam em argumentos interpretativos que não se prendem ao problema semântico:

Ninguém pensa que do simples sentido das palavras “freedom of speech” se pode concluir diretamente que as pessoas têm ou não têm a liberdade de queimar a bandeira. Ninguém pensa que do simples sentido das palavras “igualdade de proteção” se pode concluir que as leis que excluem as mulheres de certas profissões são constitucionais ou inconstitucionais. Tenho que num caso como no outro, a conclusão não decorre do sentido das palavras, do contrário do que ocorre no exemplo dado antes: do sentido de “armas de fogo” se pode concluir diretamente que essas palavras se referem aos revólveres, mas não ao gás lacrimogêneo. Além disso, os três argumentos não diferem entre si quanto ao modo de interpretação. Nenhuma das três conclusões (supondo-se que sejam lógicas) decorre da esperança, crença ou intenção histórica de um “autor”, mas sim do fato de o princípio político que corrobora a conclusão ser o que melhor se enquadra na estrutura geral e na história do direito constitucional (DWORKIN, 2006, p. 125-126).

A tentativa de explicação dada por Richard Posner (1o problema vai pela via da “distância” que a interpretação pode nos levar do texto; ou seja, os dois primeiros casos estariam mais “próximos” do texto, enquanto o terceiro “se afasta” mais do texto da Constituição. Ora, não há como discordar de Dworkin quando diz que tal recurso argumentativo é falacioso³⁹.

Logo, a distinção entre direitos “enumerados” e “não-enumerados” na realidade cai por terra, justamente porque não é possibilita compreender a importante distinção entre referência e interpretação. É por isso, que a adoção de uma interpretação construtiva, como demonstrado no tópico anterior, mostra-se importante para a superação de tal dicotomia. A integridade exigirá que o magistrado identifique o princípio que melhor justifique sua decisão, além de fundamentar sua decisão coerentemente nos precedentes e no arranjo constitucional.

O papel dos princípios, portanto, será o de afastar essa distinção entre direitos “enumerados” e “não-enumerados”, pois não reduzirá o seu sentido a questões puramente semânticas, pois se ligam a uma questão de interpretação. Isso permite separar uma questão de referência de um texto normativo de questões de interpretação. Dworkin (2006, p. 133-134) elucida que a controvérsia jurídica é natural e desejável para aqueles que abraçam a integridade do direito.

Em um debate, agora com Bork – um originalista –, Dworkin demons-
39 “É inconcebível que Posner queria dizer, por exemplo, que o direito ao aborto está mais distante da linguagem constitucional do que o direito de não sofrer discriminação sexual, no mesmo sentido em que ‘gás lacrimogêneo’ está mais distante do que ‘revólver’ do sentido de ‘arma de fogo’. ‘Revólver’ está mais próximo porque o revólver é arma de fogo: ‘arma de fogo’ se refere a revólver mas não se refere a gás lacrimogêneo. Porém, como nem o direito ao aborto nem o direito de não sofrer discriminação sexual decorrem do sentido textual das palavras, nenhum deles pode estar mais próximo ou mais distante do texto sob esse aspecto (DWORKIN, 2006, p.126-127, grifo do autor).

trará um exemplo de como procede um raciocínio a partir da integridade e da interpretação construtiva. Alerta-se que muitos dos juristas defensores da tese da mutação constitucional em sua versão a partir de Weimar poderiam enxergar aqui um caso de mutação constitucional. Todavia, afirmar isso é cair em erro, para a teoria dworkiana. O argumento de Dworkin destina-se a demonstrar a fragilidade da concepção originalista levada a cabo por Bork. Para tanto, a argumentação percorrerá dois caminhos, sendo que o primeiro conduz para a explicitação do modo com que Bork fundamenta sua tese, e o outro, para a desconstrução à luz da teoria da integridade nesse mesmo argumento.

A respeito do famoso caso *Brown vs. Board of Education* (347 U.S. 483 (1954).), que, utilizando o dispositivo de igual proteção, declarou a inconstitucionalidade da segregação racial nas escolas públicas dos Estados Unidos, Dworkin (2006, p. 427) afirma:

O caso *Brown* tem tudo para embaraçar qualquer teoria que sublinhe a importância das intenções dos autores, pois não temos prova alguma de que um número significativo dos congressistas que propuseram a Décima Quarta emenda pensasse ou quisesse que ela tornasse ilegal a segregação racial nas escolas. Na verdade, temos provas fortíssimas do contrário disso. O redator do projeto de lei que precedeu a emenda disse ao Congresso que “os direitos civis não significavam que todas as crianças tenham de freqüentar a mesma escola”, e o mesmo Congresso deu continuidade à segregação racial nas escolas do Distrito de Colúmbia, que, na época, era administrado pelo congresso Nacional.

Mesmo assim, a Suprema Corte compreendeu que a Décima Quarta emenda proibia a prática da segregação. A decisão não foi poupada de críticas, mas, de certo modo, adquiriu uma aceitação que acabou por indicar que nenhuma das críticas feitas era contundente o suficiente para apresentar ameaça à decisão. Bork, inclusive, está dentro do rol de juristas que confirma a correção da decisão; para tanto, se apoia no argumento que a ideia de intenção original não significa uma consulta de um conjunto de opiniões dos autores, mas volta-se para a compreensão do próprio princípio geral que conduziu à decisão:

Uma vez que os juízes identifiquem o princípio proclamado pelos autores, devem impô-lo na qualidade de princípio e segundo o seu próprio juízo acerca das exigências desse princípio nos casos particulares, mesmo que para isso tenham de aplicá-lo não somente em circunstâncias que os autores desconheciam, como também de uma maneira que eles não teriam aprovado caso a tivessem conhecido (DWORKIN, 2006, p. 428).

Já que os autores da Décima Quarta Emenda não estavam expressamente afirmando a inconstitucionalidade da segregação racial em escolas públicas, Bork é obrigado a afirmar que se deve tomar por intenção original essa interpretação mais ampla, como se fosse uma decisão “fiel” à intenção deles⁴⁰. Até

40 “Num processo recentemente julgado pelo Tribunal Itinerante de Apelações do Distrito de Colúmbia, por exemplo, [Bork] acompanhou a maioria ao declarar que a Primeira

aqui, Dworkin concordará – ainda que temporariamente – com o raciocínio, principalmente porque, se pretendemos reduzir a Constituição àquilo que seus autores supostamente queriam, só nos resta assumir que as intenções devem ser identificadas como as mais amplas e abstratas convicções sobre princípios, e afastar opiniões rasas ou particulares. Acontece que, assumindo tal compreensão, Bork aumenta ainda mais a responsabilidade dos magistrados ao decidir um caso, pois não é apenas pelo uso da história que se conseguirá justificar o argumento da intenção original, falta ainda outro tipo de argumento. Isso porque as pessoas não expressam o que pensam estruturando em apenas duas categorias o que defendem; na realidade, fazem uso de uma camada de argumentos em diferentes níveis de generalidade. Voltando ao caso Brown, identificou-se que ele versa sobre um princípio em particular: o de igualdade. De um modo menos geral, esse princípio enuncia que “o Estado não pode fazer discriminação entre as raças” (DWORKIN, 2006, p. 430).

Entretanto, aos autores da Décima Quarta Emenda, poderia ser atribuído um princípio de generalidade e abstração ainda maior: “o princípio de que o Estado não deve exercer discriminação contra nenhuma minoria quando essa discriminação é um simples reflexo do preconceito” (DWORKIN, 2006, p. 430), já que o dispositivo da Décima Quarta Emenda não faz qualquer referência à raça, limitando-se a dizer que “o Estado não pode negar a ninguém a ‘mesma proteção’ das leis” (DWORKIN, 2006, p. 430). Se tomarmos o contexto de criação da Décima Quarta Emenda, logo após a Guerra Civil – que eclodiu a partir do problema escravocrata –, poderíamos ter uma conclusão, mas Dworkin (2006, p. 430) lembra que o próprio Lincoln afirmou que a guerra tinha como mote a ideia de que todos os homens foram criados iguais – “e é claro que ele incluía nessa designação também as mulheres”. Basicamente, pareceria absurdo supor que a única preocupação deles estava com o preconceito quanto à raça.

Logo, fica a questão: “por que os juízes não devem tentar definir e fazer valer esse princípio mais geral?”. (DWORKIN, 2006, p. 431). Ora, parece, então, claro que a Décima Quarta Emenda, na verdade, guarda um raciocínio mais amplo, que coloca como inconstitucional toda e qualquer forma de discriminação

emenda protegia certos colonistas de jornal contra uma acusação de calúnia e difamação lançada por um cientista político marxista, de quem se dissera que não era respeitado pelos colegas de profissão. Antonin Scalia, que era colega de Bork naquele tribunal e agora foi promovido por Regan à Suprema Corte, discordou e condenou Bork, bem como os outros juízes que compunham a maioria, por não serem fiéis à intenção dos autores da Primeira Emenda, que evidentemente não supunham estar modificando a lei da calúnia da maneira que a maioria supunha. Bork, em sua resposta, insistiu em que o juiz não tem responsabilidade para com as opiniões particulares e concretas que os autores poderiam ter acerca do âmbito do princípio que criaram quando aprovaram a Primeira emenda, mas sim para com o princípio considerado em si mesmo, o qual, a seu ver, determinava que a imprensa fosse objeto de uma proteção maior, contra as ações de calúnia, do que os autores poderiam ter previsto” (DWORKIN, 2006, p.428-429).

baseada no preconceito. E prossegue:

Aparentemente, os autores não pensavam que seu princípio chegasse até aí; não criam que as distinções entre os sexos fossem reflexo de um estereótipo ou preconceito. (afinal de contas, foi necessária uma outra emenda constitucional para que as mulheres pudessem votar.) Porém, uma vez definido de maneira mais abstrata o princípio que imputamos aos fundadores, temos de considerar que, na medida mesma em que tinha aquela opinião sobre as mulheres, *eles próprios não chegaram a captar toda a amplitude do princípio que formularam; foi o tempo que nos deu condições de corrigir esse erro, assim como corrigimos as opiniões deles acerca da segregação racial nas escolas.* Foi isso, com efeito, que a Suprema Corte fez (DWORKIN, 2006, p. 431, grifos nossos).

E como fica a questão da proteção aos homossexuais?

Para Bork, qualquer tentativa de estender a eles a mesma proteção significaria uma tentativa de alteração ilegítima e, por isso mesmo, de desrespeito à ordem constitucional. Mas se já foi possível até o momento identificar que há na Décima Quarta Emenda um princípio mais geral de proteção a qualquer minoria que esteja sendo discriminada por preconceito social, a exigência de integridade determina que o mesmo se faça com os homossexuais.

Novamente, dirá Dworkin, o tempo funciona aqui para nos fornecer um entendimento diferenciado sobre a situação e afastar qualquer tipo de superstições sobre o homossexualismo, de modo que legislações que antes criminalizavam os atos homossexuais podem ser vistas como expressão de puro preconceito.

Logo, pode-se tirar uma importante conclusão: o apelo a uma teoria da intenção original não serve para justificar uma decisão, de modo que se deve fazer outra escolha como postura teórica que conduza à integridade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme o anteriormente apresentado, após tecermos o pano de fundo do presente artigo mostrando um pouco dos elementos que formaram a trama do julgamento da ADPF n. 132, foi possível passarmos a desenvolver considerações acerca dos principais pontos do pensamento de Dworkin, foi possível retornar ao ponto de partida.

A resposta dada pelo jurista norte-americano assenta-se como melhor interpretação para a prática jurídica, uma vez que apresentou respeito a virtude da integridade. Isto é, demonstrou que, para ser fiel a nossa história institucional, bem como desenvolver a melhor interpretação (aquela que garanta a todos iguais liberdades subjetivas), não haveria como negar reconhecimento às uniões homoafetivas ao status de família. Como consequência, o dever público de respeito tem que vir sobre a forma da possibilidade de definições de uma união civil para todos os seus efeitos.

Mas ao agir desse modo, o STF legislou? A resposta a partir de Dworkin

tem que ser negativa. Para tanto, foi importante compreender o sentido de sua proposta de interpretação construtiva do direito, bem como de suas metáforas.

Com Dworkin, vimos que o argumento de defesa de uma intenção original do texto (ou do constituinte) é absurdo e débil tecnicamente. Igual situação as defesas de uma interpretação meramente gramatical da questão! A teoria hermenêutica, desde Gadamer, se sofisticou.

A defesa da teoria, então, ao se alicerçar sobre as premissas de que o Direito deve garantir iguais liberdades subjetivas a todos, bem como de que nenhuma restrição de direitos pode apoiar-se em argumentos de preconceito, fica evidenciado que a tomada de decisão no caso não teria outra solução (por isso mesmo, trata-se de uma resposta correta!) que não o reconhecimento de direitos às uniões homoafetivas.

Percebe-se, portanto, que a ideia de ser um reconhecimento já traz em si o fato de que tal previsão principiológica, ou melhor, tal norma garantidora de um direito fundamental, já se encontrava na cláusula geral do direito de igualdade (igual tratamento). Era apenas necessário desenvolver a narrativa institucional sobre tal direito. Para tanto, foi importante a noção de romance em cadeia trazida por Dworkin.

A teoria de Dworkin, portanto, pode se mostrar mais atraente que outras versões teóricas e contribuir para (re)pensar o direito brasileiro e, principalmente, o nosso modelo de atuação jurisdicional, não apenas pelo STF, mas por todos os juízos nacionais. Afinal, o ato de decidir não pode mais render-se a uma esfera de solipsismo, nem a expressões de consciências individuais. Antes disso, deve ser fruto de um empreendimento coletivo que conte com respeito e reconhecimento da sociedade, que a todo momento, como comunidade de intérpretes de nossas normas, deve ter a possibilidade de participação e argumentação.

REFERÊNCIAS

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Ronald Dworkin: De que maneira o direito se assemelha à literatura?** Revista da Faculdade Mineira de Direito, Belo Horizonte, v. 10, n. 19, 1. sem. 2007. p.91-117.

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

DWORKIN, Ronald. **A Justiça de Toga**. Tradução de Jefferon Luiz Camargo. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. 2. ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método: Fundamentos de uma hermenêutica filosófica**. 3 ed. Tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis, Vozes, 2002.

GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Tradução de Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do direito**. 6. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p.273-274.

KOZICKI, Kátia. **Conflito e estabilização: comprometendo radicalmente a aplicação do Direito com a democracia nas sociedades contemporâneas**. 2000. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

Data de Submissão: 01/05/2016

Data de Aprovação: 06/06/2016

NORMAS GERAIS PARA PUBLICAÇÃO DE TRABALHOS

1) A Revista de Direito da Faculdade Guanambi é um meio de comunicação técnico-científica das Ciências Jurídicas, com o objetivo de publicar trabalhos técnico-científicos resultantes de pesquisa, revisão bibliográfica e comunicações técnicas, dando preferência aos trabalhos inéditos.

2) Os textos deverão ser enviados pelo site <http://revistas.faculdadeguanambi.edu.br>.

3) As contribuições (artigos ou resenhas) encaminhadas para possível publicação na Revista de Direito da Faculdade Guanambi devem ser redigidas em português, inglês ou espanhol. As contribuições devem ser enviadas exclusivamente pelo sistema eletrônico de editoração e publicação da Revista nos formatos .doc, ou .pdf. Em razão da política de privacidade e da avaliação às cegas, os documentos enviados eletronicamente não devem conter nenhuma informação que permita a identificação da autoria, conforme orientação disponível em “Processo de Avaliação Pelos Pares” e “Assegurando uma Avaliação Cega”. O texto não deve apresentar quaisquer indicações que permitam identificar seu(s) autor(es).

4) Os artigos de autores estrangeiros, redigidos em outra língua que não o português, poderão, a critério do Conselho Editorial, ser publicados sem o atendimento rígido às regras formais dos itens 2, 4, 5 e 7.

5) Os trabalhos devem ser apresentados em folhas de papel A4 (297 x 210mm), numa única face, digitados na fonte Times New Roman, tamanho 12, obedecendo a espaçamento entre linhas de 1,5cm, margens esquerda e superior com 3cm e margens direita e superior com 2cm, sem espaço entre os parágrafos e com formato justificado. Os artigos e entrevistas devem ter no máximo 30 páginas.

6) Os artigos deverão atender o seguinte conteúdo: introdução, desenvolvimento, conclusão e referências. Considera-se que esses tópicos estejam claramente destacados e especificados ao longo do texto. Subtítulos, quando existentes, devem ser concisos e vir claramente indicados.

7) Os textos em português devem estar escritos de acordo com a regra de apresentação de artigos da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABN – NBR6022, de maio de 2003. Artigos estrangeiros devem usar a regra ISO equivalente.

8) As citações literais curtas (até 3 linhas) deverão ser integradas ao parágrafo, colocadas entre aspas. As citações de mais de três linhas serão destacadas no tex-

to em parágrafo especial, com 4 cm para dentro da margem esquerda. Destaques em geral poderão ser feitos com itálico, negrito ou sublinhado.

9) Poderão ser usados os sistemas de notação citação-nota ou autor-data.

10) As ilustrações, figuras e tabelas devem constar do corpo do texto, mas devem ser salvas também em arquivos à parte, sempre que possível em originais ou, em último caso, escaneadas com resolução mínima de 300 dpi.

11) No final do trabalho devem ser incluídas, em ordem alfabética, todas as referências bibliográficas efetivamente citadas no texto, segundo a norma NBR 6023, da ABNT (Norma para referências bibliográficas da Associação Brasileira de Normas Técnicas).

Exemplos:

a) Livro de um só autor:

SOBRENOME, Nome. Título em itálico. Edição. Local de edição: Editora, ano de edição.

b) livro de dois autores:

SOBRENOME, Nome; SOBRENOME, Nome. Idem ao primeiro exemplo.

c) Livro de três autores:

SOBRENOME, Nome; SOBRENOME, Nome; SOBRENOME, Nome. Idem ao primeiro exemplo.

d) Livro de mais de três autores:

SOBRENOME, Nome et al. Idem ao primeiro exemplo.

e) Artigos em livros:

SOBRENOME, Nome. Título do artigo. In: SOBRENOME, Nome (Ed./Org.), Título do livro em itálico. Idem ao primeiro exemplo. Número das páginas inicial e final. Exemplo: 14-23.

f) Artigos em Revistas:

SOBRENOME, Nome. Título do artigo sem aspas ou itálico. Nome da Revista em itálico, Local, volume, número, página(s), mês/ano.

g) Dissertações e Teses:

SOBRENOME, Nome. Título da dissertação ou tese em itálico. Total de folhas. Tipo (Dissertação ou Tese). Nome do curso. (Mestrado em Direito ou Doutorado em Direito), Nome da Instituição (Faculdade, Universidade), Local, data.

h) Artigos em jornais:

SOBRENOME, Nome. Título do artigo sem aspas ou itálico. Nome do jornal em itálico, Local, data, Caderno/Seção, número, página(s).

j) Trabalho em evento:

SOBRENOME, Nome. Título do artigo sem aspas ou itálico. In: Nome do evento em maiúsculas, ano, local, Título dos Anais em itálico. Local de Edição: Editora, ano. página(s).

k) Material disponível na internet:

Referenciar de acordo com o tipo de material, como nos itens acima, e ao final acrescentar: Disponível em: <endereço da página>. Acesso em: data do acesso. Exemplo: 10 ago. 2004.

l) O envio de qualquer colaboração implica a cessão integral e gratuita dos direitos autorais à Revista, que não se obriga a devolver os originais das colaborações encaminhadas.

12) Os trabalhos enviados serão submetidos ao Conselho Editorial da Revista. Eles serão avaliados em sua forma e conteúdo por 2 pareceristas anônimos, seguindo o sistema “DOUBLE BLIND PEER REVIEW”. Os avaliadores poderão propor modificações ou recusar trabalhos que não sigam as orientações editoriais.

13) O envio de qualquer colaboração implica a cessão integral e gratuita dos direitos autorais à Revista, que não se obriga a devolver os originais das colaborações encaminhadas.

14) Os artigos publicados representam a expressão do ponto de vista de seus autores e não a posição oficial da Revista de Direito da Faculdade Guanambi ou da Faculdade Guanambi.

15) Como parte do processo de submissão, os autores são obrigados a verificar a conformidade da submissão em relação a todos os itens listados a seguir. As submissões que não estiverem de acordo com as normas serão devolvidas aos autores.

a) A contribuição é original e inédita, e não está sendo avaliada por outra revista. Caso contrário, justificar em “Comentários ao Editor”.

b) Os arquivos para submissão estão em formato Microsoft Word e não ultrapassam 2MB.

c) URLs para as referências foram informadas quando preciso.

d) Caso seja necessário fazer alterações/correções sugeridas pelos avaliadores externos, ou correções gramaticais sugeridas pela edição, o prazo a ser observado pelo autor será de dez dias.

16) Os nomes e endereços informados nesta revista serão usados exclusivamente para os serviços prestados a esta publicação, não estando disponíveis para outros propósitos ou pessoas.



PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO

Avenida Pedro Felipe Duarte, 4911
Bairro São Sebastião, Guanambi - Bahia - Brasil
CEP 46.430-000
Telefone: (77) 3451-8400