

PRIM@ FACIE

International Journal

Direito, História e Política

Corpus:

**Constitucionalismo e perspectivas
pluridimensionais dos
Direitos Humanos**

jan.-abr., 2019

v. 18, n. 37

Universidade Federal da Paraíba - PPGCJ

Consultor: Prof. Dr. Leonam Liziero

Expediente

A revista quadrimestral eletrônica Prim@Facie: Revista do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da UFPB, é um periódico da área de Direito com interfaces voltadas para os Direitos Humanos, Direito ao Desenvolvimento e História do Direito. Reconhece-se que a perspectiva jurídica está em constante diálogo com a dimensão temporal e política da vida em sociedade, assim, não é possível compreender o direito em separado dos interesses sociais e econômicos. Desta forma, a publicação visa propiciar debates atualizados sobre problemas do Brasil e do mundo contemporâneo com a participação de pesquisadores de diversas universidades nacionais e estrangeiras.

QUALIS B1 (Direito), QUALIS B2 (Filosofia), QUALIS B3 (Ciências da Religião e Teologia), QUALIS B4 (Ciências Ambientais) e QUALIS B5 (História).

Endereço:

Prim@Facie – Revista do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas,
Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal da Paraíba - Campus I, Castelo
Branco, CEP: 58.051-900 - João Pessoa, PB - Brasil.

Telefone: (83) 32167627

URL da Homepage: <http://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie>

EXPEDIENTE DESTE NÚMERO

Consultor:

Prof. Dr. Leonam Liziero – UFPB, Brasil

Editor de área:

Prof. Dr. Leonam Liziero – UFPB, Brasil

Coordenadora do PPGCJ:

Profa. Dra. Maria Creusa de Araújo Borges – UFPB, Brasil

Editor Gerente:

Prof. Dr. Jailton Macena de Araújo

Diagramação:

Prof. Dr. Jailton Macena de Araújo

ISSN 1678-2593

PRIM@ FACIE

International Journal

Revista do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas

SEÇÃO CORPUS

**Constitucionalismo e perspectivas pluridimensionais dos
Direitos Humanos**

jan. a abr., 2019

v. 18, n. 37

Universidade Federal da Paraíba – PPGCJ

Consultor:

Prof. Dr. Leonam Liziero – UFPB, Brasil

FICHA CATALOGRÁFICA
Biblioteca Setorial do Centro de Ciências Jurídicas da UFPB
Bibliotecária Vânia Maria Ramos da Silva – CRB-15/0243

P952 Prim@ facie: International journal : Direito, história e política [recurso eletrônico] / Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba. – V.1, n. 1 (2002)- . – João Pessoa : PPGCJ/CCJ/UFPB, 2002-

Quadrimestral.

Seção corpus: Constitucionalismo e perspectivas pluridimensionais dos Direitos Humanos.

Modo de acesso: Internet.

<https://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/issue/view/2286>

Descrição do fascículo v.18, n. 37 (jan./abr. 2019).

ISSN 1678-2593

1. Direito – Periódicos. 2. Constitucionalismo. 3. Direitos humanos. I. Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba.

BSCCJ/UFPB

CDU – 34(05)

Sumário

Editorial, 5

LEONAM LIZIERO

CORPUS

A Contribuição de Rui Barbosa para a Construção do Pensamento Político-Constitucional Brasileiro, 11

MARTONIO MONT'ALVERNE BARRETO LIMA, MARIA ALICE PINHEIRO NOGUEIRA

Hermenêutica, Garantismo e Presunção do Estado de Inocência Relativizado: o Posicionamento do Supremo Tribunal Federal a partir do Habeas Corpus n. 126.292- sp, 34

HUMBERTO CARDOSO PINTO, EDUARDO ROCHA DIAS, NESTOR EDUARDO ARARUNA
SANTIAGO

Os Direitos Sociais e os Obstáculos à Efetivação do Princípio da Proteção ao Hipossuficiente no Acesso à Jurisdição Trabalhista após a Publicação da Lei n^o 13.467/2017, 72

ALINE FERREIRA MONTENEGRO, MIRIAM OLIVIA KNOPIK FERRAZ, MARCO ANTÔNIO
CÉSAR VILLATORE

Efetivação do Princípio Constitucional da Vedação ao Retrocesso Ambiental: Bases Teóricas para a Resolução da Colisão entre Princípios Constitucionais, 101

THIAGO FLORES DOS SANTOS, ANA CARLA PINHEIRO FREITAS, WASTONY AGUIAR
BITTENCOURT

As Diretivas Antecipadas de Vontade em Transtornos Mentais como Reflexo do Direito Fundamental à Liberdade: Debates Necessários, 129

JANAÍNA RECKZIEGEL, ORIDES MEZZAROBA, BEATRIZ DIANA BAUERMANN CONINCK

ARTIGOS

A Contribuição da História Crítica para a Crítica do Direito: uma Visão do Bacharelismo Clássico e do Ensino Jurídico Brasileiro, 158

FERNANDO DE BRITO ALVES, VINÍCIUS ALVES SCHERCH

RESENHA

Necropolítica: Biopoder, Soberania, Estado de Exceção, Política da Morte, 186

LUZIA BERNARDES DA SILVA, GUSTAVO DE SOUZA PREUSSLER

Table of contents

Editorial, 5

LEONAM LIZIERO

CORPUS

The Contribution of Rui Barbosa to Brazilian Political Constitutional Thought, 11

MARTONIO MONT'ALVERNE BARRETO LIMA, MARIA ALICE PINHEIRO NOGUEIRA

Hermeneutic, guaranteeism and relativized presumption of the status of innocence: the positioning of Brazilian Supreme Court from Habeas Corpus n. 126.292-SP on, 34

HUMBERTO CARDOSO PINTO, EDUARDO ROCHA DIAS, NESTOR EDUARDO ARARUNA SANTIAGO

Social Rights and Obstacles to the Effectiveness of the Principle of Protection to the Hyposufficient in Access to Labor Jurisdiction after Publication of Law no. 13467/2017, 72

ALINE FERREIRA MONTENEGRO, MIRIAM OLIVIA KNOPIK FERRAZ, MARCO ANTÔNIO CÉSAR VILLATORE

ALINE FERREIRA MONTENEGRO, MIRIAM OLIVIA KNOPIK FERRAZ, MARCO ANTÔNIO CÉSAR VILLATORE

Implementation of the Constitutional Principle of the Non-Regression in Environmental Law: Theoretical Bases for Resolving the Collision Between Constitutional Principles, 101

THIAGO FLORES DOS SANTOS, ANA CARLA PINHEIRO FREITAS, WASTONY AGUIAR BITTENCOURT

The Advance Directives of Will in Mental Disorders with Reflection of Fundamental Right to Freedom: Needed Discussions, 129

JANAÍNA RECKZIEGEL, ORIDES MEZZAROBA, BEATRIZ DIANA BAUERMANN CONINCK

ARTICLES

The Contribution of Critical History to Criticism of Law: A View of Classical Baccalaureate and Brazilian Legal Education, 158

FERNANDO DE BRITO ALVES, VINÍCIUS ALVES SCHERCH

REVIEW

Necropolitics: Biopower, Sovereignty, State of Exception, Death Politics, 186

LUZIA BERNARDES DA SILVA, GUSTAVO DE SOUZA PREUSSLER

EDITORIAL

Constitucionalismo e perspectivas pluridimensionais dos Direitos Humanos

Estimadas leitoras, estimados leitores,

O ano de 2019 é suficiente intrigante para os que se debruçam de modo sério a compreender a constante afirmação dos Direitos Humanos. Paradoxalmente é um ano em que o ideal dos Direitos Humanos no campo político, bem como sua technicalidade no âmbito jurídico contrastam com um passado turbulento e um presente obscuro.

Ainda que o sistema internacional de proteção aos Direitos Humanos tenha ganhado amplitude apenas após a emergência do paradigma Nações Unidas nas relações internacionais, algumas raízes desta alteração na ordem internacional se encontram em 1919, ano no qual as Conferências de Paris foram realizadas. 1919 é o ano do Tratado de Versalhes, do surgimento da Organização Internacional do Trabalho e da fracassada Liga das Nações.

A Liga das Nações, apesar do insucesso de sua proposta, serviu como uma experiência malsucedida para a Organização das Nações Unidas. Esta, ainda que não perfeita, possibilitou expansão dos valores de proteção à pessoa humana, apesar dos conflitos culturais existentes

ainda após quase 75 anos desta organização. O ano passado, além de amplamente comemorados os 30 anos da atual Constituição da República, foi também o ano em que a Declaração Universal dos Direitos Humanos completou 70 anos de sua emissão. Ao contrário do que muito do idealismo do Direito Internacional pode professar, a Declaração não é jurídica. Mas, como uma carta de teor político, expressou diretrizes a ser reproduzida (nas devidas formas jurídicas) pelos Estados membros da ONU.

O ano de 2019 é também o ano a ser lembrar do mais notável personagem paraibano (na perspectiva de pessoas de outras regiões do Brasil, ao menos) na vida política brasileira: Epitácio Pessoa. O homem retratado em uma estátua ao início da avenida que leva seu nome na Capital do Estado da Paraíba aponta em direção ao mar, encontrado ao final do mesmo logradouro. A estátua, de certo modo, retrata o que fez Epitácio ao apontar não meramente para o mar, mas para a imensidão além do imenso Brasil.

O paraibano nascido na pequena Umbuzeiro, no interior do Estado, foi o grande intelectual à frente da comitiva brasileira junto à Conferência que originou o Tratado de Versalhes no ano de 1919. À época Senador da República, Epitácio já havia sido Ministro do Supremo Tribunal Federal (1902-1912) e Procurador Geral da República (1902-1905). Enquanto estava em Paris para a Conferência, Epitácio também conseguiu ser eleito Presidente da República em disputa contra Rui Barbosa (justamente Rui Barbosa!). Após a Presidência, Epitácio Pessoa foi juiz da Corte Permanente de Justiça Internacional, que posteriormente foi sucedido pela atual Corte Internacional de Justiça.

O dedo em riste de Epitácio apontava para um mundo do Século XX, um mundo no qual o Brasil às duras penas busca se integrar mesmo no Século XXI. A integração tem muitas dimensões, mas uma das mais significativas é a integração na proteção aos Direitos Humanos. Esta integração, contudo, não é uma dádiva da ordem

internacional de modo verticalizado; tampouco o favor de tradicionais núcleos oligárquicos da política nacional. A Constituição de 1988 representa a consolidação de lutas ao longo da história brasileira. É singular, única, feita por brasileiros e para os brasileiros. Não é perfeita, mas expressa algo inevitável ao se pensar em Direitos Humanos integrados à ordem de qualquer Nação: a repulsa à ditadura.

A concentração de poder não se coaduna em nada com a promoção dos Direitos Humanos preconizados no sistema internacional composto de tratados internacionais, tais quais os Pactos de 1966. As palavras do célebre Ulysses Guimarães no momento da promulgação da atual Constituição são claras sobre o sentimento político que a inaugurou: “Temos ódio à ditadura. Ódio e nojo. Amaldiçoamos a tirania aonde quer que ela desgrace homens e nações. Principalmente na América Latina”.

O ano de 2019, centenário da eleição de Epitácio Pessoa, representa para o Brasil uma volta a um “pretérito perfeito” que o País nunca teve. Existem voltas que não representam outra coisa senão letargia, retrocesso e obscurantismo. O ano de 2019 é um de defesa da Constituição. A Constituição é um projeto de futuro; a ela devemos obediência. Ela é a barreira última contra o retorno de uma desdita tal qual a inaugurada em 1964, uma mentira de 1º de abril contada todos os dias por 21 anos, que abriu feridas em nossa sociedade que, mesmo estancadas, ainda doem e sangram de quando em quando.

Este número, o primeiro de 2019, traz aos leitores artigos que buscam discutir os Direitos Humanos em sua dimensão plural e suas interseções com o constitucionalismo, conhecimento tão necessário atualmente não apenas para os pesquisadores e profissionais do Direito, mas para toda a população brasileira.

O primeiro artigo desta edição trata justamente de Rui Barbosa, um nêmesis político de Epitácio Pessoa. Em “A Contribuição de Rui Barbosa para a Construção do Pensamento Político-Constitucional Brasileiro”, Martonio Mont'alverne Barreto Lima e Maria Alice

Pinheiro Nogueira trazem uma pesquisa acerca da trajetória de Rui Barbosa como pensador do constitucionalismo brasileiro, que proporcionou inovações em temas essenciais como soberania popular, divisão dos poderes e, em especial, proteção dos direitos fundamentais.

O segundo trabalho, com autoria conjunta de Humberto Cardoso Pinto, Eduardo Rocha Dias, Nestor Eduardo Araruna Santiago é “Hermenêutica, Garantismo e Presunção do Estado de Inocência Relativizado: o Posicionamento do Supremo Tribunal Federal a partir do Habeas Corpus n. 126.292-sp”. Os autores neste artigo buscam investigar, ancorados no pensamento de Müller e Gadamer, se é permitida a execução provisória da pena nos casos em que ainda é cabível Recurso Extraordinário, uma vez que há o contraste com a regra constitucional.

Em seguida, a *Prim@Facies* traz um artigo de Aline Ferreira Montenegro, Miriam Olivia Knopik Ferraz e Marco Antônio César Villatore, intitulado “Os Direitos Sociais e os Obstáculos à Efetivação do Princípio da Proteção ao Hipossuficiente no Acesso à Jurisdição Trabalhista após a Publicação da Lei nº 13.467/2017”. Nesta pesquisa, os autores problematizam os efeitos da reforma trabalhista de 2017, tanto no campo de retrocesso das tendências contemporâneas do juslaborismo quanto no debate jurídico acerca de sua possível inconstitucionalidade.

Na sequência, Thiago Flores dos Santos, Ana Carla Pinheiro Freitas e Wastony Aguiar Bittencourt apresentam sua pesquisa em como garantir a “Efetivação do Princípio Constitucional da Vedação ao Retrocesso Ambiental: Bases Teóricas para a Resolução da Colisão entre Princípios Constitucionais”. Neste trabalho, os autores apresentam especial atenção ao art. 225 da Constituição Federal e uma possível solução de colisões de princípios baseada na ponderação pensada por Robert Alexy.

E, para finalizar o Corpus, o artigo “As Diretivas Antecipadas de Vontade em Transtornos Mentais como Reflexo do Direito Fundamental à Liberdade: Debates Necessários”, de Janaína Reckziegel, Orides Mezzaroba e Beatriz Diana Bauermann Coninck, discute as diretivas antecipadas de vontade e busca investigar acerca da viabilidade de se pensar no campo psiquiátrico, tendo em vista todas as dificuldades de suas realizações.

Essa edição também traz o trabalho de autoria de Fernando de Brito Alves e Vinícius Alves Scherch, “A Contribuição da História Crítica para a Crítica do Direito: uma Visão do Bacharelismo Clássico e do Ensino Jurídico Brasileiro”, que apresenta interessante pesquisa sobre críticas ao dogmatismo no ensino jurídico, em contraste com uma formação de caráter humanista, tão necessária aos dias de hoje.

Por fim, apresenta-se a resenha do ensaio “Necropolítica: Biopoder, Soberania, Estado de Exceção, Política da Morte”, de Achille Mbembe, por Luzia Bernardes da Silva e Gustavo de Souza Preussler.

Os temas dos artigos apresentados em comum as reflexões que buscam afastar o pensamento brasileiro do obscurantismo atual. Em tempos de excessivo pragmatismo financeiro, o pensamento crítico e a formação humanista fazem-se essenciais na formação dos estudantes de Direito. Em respostas aos ataques à Filosofia e à Sociologia, que possibilitam aos jovens, de qualquer estamento social, enxergar além do domo de *Fake News* plantados por visões retrógradas e revisionistas da história brasileira.

O dedo em riste de Epiácio Pessoa aponta para o além, para a frente, para o futuro. O pretérito é imperfeito, independentemente dos afãs daqueles que buscam um Brasil paralelo que nunca existiu. A Constituição é nossa principal blindagem contra tudo ao que ela se opõe. Após 30 anos, as palavras de Ulysses Guimarães ainda se fazem atuais. A Constituição continua não sendo perfeita, mas continua útil, desbravadora. Continua sendo luz, ainda que de lamparina na noite dos desgraçados.

Boa leitura a todos,

Leonam Liziero

Editor Adjunto da Prim@Facie

A Contribuição de Rui Barbosa para a Construção do Pensamento Político-Constitucional Brasileiro

Martonio Mont'alverne Barreto Lima

Doutorado em Direito (Rechtswissenschaft) - pela Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main. Professor Titular da Universidade de Fortaleza. E-mail: barreto@unifor.br

Maria Alice Pinheiro Nogueira

Mestranda em Direito Constitucional pelo Programa de Pós Graduação em Direito Stricto Sensu da Universidade de Fortaleza- UNIFOR. E-mail: alicepinheiro2190@gmail.com

Resumo: Em virtude da necessidade de se discutir as possíveis causas que abalam o Estado Democrático de Direito, este artigo tem como objeto de análise a contribuição de Rui Barbosa para a construção do pensamento político-constitucional brasileiro. É, então, feito estudo sobre a sua trajetória acadêmica e profissional, a fim de averiguar os fatores que influenciaram o desenvolvimento de suas obras e cooperaram para o seu relevo, especialmente, no âmbito da política e da advocacia. Dentre as novidades para o sistema brasileiro, o jurista defendeu a causa abolicionista e educacional, bem como apresentou o modelo de controle difuso de constitucionalidade, sob influência americana, que foi inserido nos dispositivos da Constituição de 1891. Além disso, destaca-se o caso defendido por Rui Barbosa, denominado “do Direito do Amazonas ao Acre Setentrional” para conduzir a reflexão acerca da função jurisdicional dos Tribunais Superiores quanto ao julgamento de questões políticas. Para tanto, este trabalho é produzido por meio de estudo descritivo-analítico com pesquisa bibliográfica a livros, sítios eletrônicos, revistas jurídicas e jurisprudência, com o intuito de enaltecer a importância deste pensador para as diretrizes políticas, sociais e jurídicas do Brasil.

Palavras-chave: Rui Barbosa. Pensamento constitucional brasileiro. julgamento político.



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA

João Pessoa, Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas

A Contribuição de Rui Barbosa para a Construção do Pensamento Político-Constitucional Brasileiro

Martonio Mont'alverne Barreto Lima

Maria Alice Pinheiro Nogueira¹

1 INTRODUÇÃO

Rui Barbosa de Oliveira nasceu em Salvador no dia 05 de novembro de 1849 e faleceu em Petrópolis em 1º de março de 1923. Iniciou sua vida pública aos dezoito anos, ao participar dos debates sobre a extinção do trabalho escravo, enquanto cursava Direito na Faculdade de Direito de São Paulo, onde se graduou em 1870.

Intelectual, advogado, jornalista e político, foi um dos idealizadores da República brasileira, atuando, principalmente, na defesa da construção do modelo de federalismo próprio e na promoção dos direitos e garantias individuais. Até então, existia apenas a submissão do povo aos comandos do monarca, o que, de fato, incomodava o intelectual em análise.

O ano de 1888 foi o momento de mudança no cenário político do Brasil. Iniciou-se a transição do período monárquico para o

¹ Bolsista de Pesquisa da Fundação Cearense de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico – FUNCAP.

A Contribuição de Rui Barbosa para a Construção do Pensamento...

republicano e, com isso, aumentou-se a pressão social por inovações. Nesse período, Rui Barbosa destacou-se como um dos personagens da história que lutou pelo novo ordenamento constitucional, de forma a romper com a ordem imperial, desgastada especialmente por seu aspecto centralizador. Há outro aspecto que contribuiu para a compreensão da transição de monarquia para república. Nelson Werneck Sodré bem registra a necessidade da alteração para um governo que tornasse possível a introdução de política econômica a favorecer a acumulação de capital, elemento chave para a industrialização². Mercado e poupança internos, livre circulação de mercadorias, interação comercial são apenas alguns dos requisitos que uma economia escravocrata foi incapaz de realizar. Abandonados pela monarquia, o setor latifundiário escravocrata nada mais tinha o que perder, e deixou os republicanos tomarem a cena.

Ao lado de Prudente de Moraes, Rui Barbosa participou ativamente da modificação do ordenamento jurídico pátrio, ao contribuir com a escrita da Constituição de 1891, a primeira da República do Brasil. Incentivou, nesta oportunidade, a inserção de direitos e garantias aos indivíduos, defendeu o fim de práticas escravocratas, promoveu a melhoria da educação, bem como propôs a criação de mecanismos de defesa contra o autoritarismo dos governantes. Seu intuito era instituir o ambiente democrático liberal, com maior participação e consciência popular.

Em 1893, Rui Barbosa foi acusado de ser um dos mentores da “Revolta da Armada”, em prol das vítimas do regime do Presidente Floriano Peixoto. Como consequência, foi ameaçado de prisão e, depois, exilado em Buenos Aires e Londres, tendo regressado ao Brasil

² Cf. **A Ideologia do Colonialismo – Seus Reflexos no Pensamento Brasileiro**. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura/Instituto Superior de Estudos Brasileiros, 1961. É interessante que se perceba as rupturas institucionais em momentos históricos nacionais. A mudança de monarquia para república iniciou o processo de acumulação de capital, mas não foi capaz de começar o processo de industrialização, uma vez que a oligarquização do País representava sério obstáculo ao projeto nacional industrial. Foi necessária outra ruptura – a Revolução de 1930 – para que Getúlio Vargas desencadeasse o primeiro projeto de Estado moderno no Brasil.

A Contribuição de Rui Barbosa para a Construção do Pensamento...

em 1895, após a morte de Floriano Peixoto. Nesse mesmo ano venceu eleição e tornou-se Senador da República.

Desencadeou sua “campanha civilista” para a candidatura presidencial em 1910. Em 1918, comemorou-se o “Jubileu Cívico”. Nesse mesmo ano, já com 70 anos de idade, Rui concorreu à Presidência da República, mas o fato de defender a reforma da Constituição enfraqueceu seu apoio no meio político.

Estabeleceu-se como objetivo específico deste texto fazer estudo sobre a vida de Rui Barbosa e o seu incentivo à mudança da ordem democrático-constitucional do País. Buscou-se, então, desenvolver pesquisa para responder ao seguinte questionamento: Qual a contribuição de Rui Barbosa para a construção de pensamento constitucional brasileiro próprio?

A metodologia utilizada caracteriza-se como um estudo descritivo-analítico, desenvolvido por meio de pesquisa bibliográfica (consulta a livros, publicações especializadas, artigos e sítios eletrônicos). No que tange à tipologia, classifica-se como pura, pois tem como propósito, simplesmente, a ampliação dos conhecimentos do pesquisador. Quanto à abordagem, é qualitativa, para que o pesquisador alcance um posicionamento próprio sobre o assunto. Quanto aos objetivos, a pesquisa é descritiva, por explicitar, classificar e esclarecer o problema apresentado, e exploratória, uma vez que procura aprimorar ideias, ofertando maiores informações sobre a temática em foco.

O primeiro capítulo trata da trajetória de Rui Barbosa, evidenciando sua carreira profissional, bem como aborda a sua contribuição para o pensamento constitucional e democrático brasileiro, enaltecendo as mudanças sociais desencadeadas em razão do início do período republicano. Para tanto, são expostas as propostas sugeridas e implementadas por Rui Barbosa.

O segundo capítulo apresenta o caso denominado “Do Direito do Amazonas ao Acre Setentrional”, uma causa de disputa territorial,

A Contribuição de Rui Barbosa para a Construção do Pensamento...

em que Rui Barbosa, enquanto advogado, clamou pelo posicionamento do Supremo Tribunal de Justiça, Corte máxima à época. A Corte, entretanto, manifestou seu impedimento para adentrar no mérito da demanda, pois a questão não seria jurídica, mas, sim, política. Tal caso torna-se parâmetro para reflexão acerca do limite da apreciação jurisdicional.

Por fim, o terceiro capítulo trata do panorama atual do Supremo Tribunal Federal enquanto órgão julgador demandado para se pronunciar sobre questões políticas. Questiona-se, então, sob a ótica comparativa do caso territorial disputado por Rui Barbosa, se, na perspectiva de separação de poderes, permanece o pensamento da Corte sobre a impossibilidade de averiguar questões políticas.

2 A CONTRIBUIÇÃO DE RUI BARBOSA PARA O PENSAMENTO DEMOCRÁTICO E CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

A trajetória de destaque de Rui Barbosa se permeia por diversos pontos de atuação política. Durante sua mocidade, lidou com conjuntura social escravocrata, em virtude da necessidade econômica, momento em que foram trazidos escravos para o Brasil. Em tom de insatisfação, o período entre os anos de 1869 e 1879 foi marcado pela sua performance contrária ao sistema escravocrata, com discursos que enalteciam os escravos enquanto seres humanos e detentores de direitos, como forma de ataque ao Imperador. Tal movimento social foi enfatizado após a abolição do tráfico de escravos em 1850, que deveria significar tendência à liberdade para negros escravizados.

Rui Barbosa, então, uniu-se a estudiosos e ativistas políticos,

A Contribuição de Rui Barbosa para a Construção do Pensamento...

como Joaquim Nabuco, Luís Gama e Castro Alves, para debaterem a situação dos escravos, o que resultou na fundação do Clube Radical Paulistano. Eram divulgadas as ideias abolicionistas por meio de jornais locais, como “O Ipiranga” e “A Independência”, tendo Rui Barbosa se destacado, ainda, pelo seu compromisso com a alfabetização dos negros que seriam libertos. Portanto, “a plataforma do novo partido era um prenúncio da República: federação, ensino livre, senado eletivo, fim do poder moderador, eleições diretas e abolição” (MORAN, 1973, p. 29-31).

Os pronunciamentos surtiram efeito. Apesar do momento conflituoso, ocorreu a promulgação da Lei do Ventre Livre (também conhecida como Lei Rio Branco) em 28 de setembro de 1871 cuja principal característica foi considerar livres todos os filhos de escravas nascidos naquele período. Para tanto, havia duas possibilidades: as crianças se submeteriam à tutela dos senhores de suas mães até atingirem os 21 anos de idade ou seriam entregues ao governo. A primeira opção era a mais comum da época e também era a mais vantajosa aos senhores.

Com a novidade legislativa, Rui Barbosa cumpriu seu compromisso quanto à alfabetização dos negros libertos, pelo ensinamento de cunho ideológico quanto aos principais fundamentos do direito à liberdade entre seres humanos. Dessa forma, “os cursos tornaram-se uma das atividades mais influentes no sentido de promover a plena participação do negro no movimento abolicionista” (MORAN, 1973, p. 31).

Apesar da conquista da promulgação da Lei do Ventre Livre, reconhecia-se a necessidade de medidas mais enérgicas para tratar da situação dos escravos. Em virtude disso, destaca-se a seguinte passagem:

Rui Barbosa, na imprensa e na tribuna popular, não cessava de combater a escravidão, reclamando em todos os tons, piedade e justiça para os escravos. A Lei do Ventre Livre não satisfiz ao seu espírito liberal de abolicionista sem restrições, como se vê de um discurso que proferiu na Bahia em 1874, no qual lastimava que ‘abolicionistas de

A Contribuição de Rui Barbosa para a Construção do Pensamento...

meu país aplaudissem a essa reforma, sem advertir que era apenas um melhoramento superficial, aparente, com que o trono, ambicioso de colher as glórias da grande ideia, mas incapaz de assumir-lhe magnanimamente a responsabilidade, traçou protelar indefinidamente a reforma real. (MONTEIRO, 1988, p. 16-17)

Era, portanto, uma estratégia de transição, ainda que lenta e gradual, de promover a consciência da liberdade aos escravos. Apesar do avanço da Lei do Ventre Livre, por meio da implantação de mão de obra livre, os pais continuavam escravos, haja vista que a abolição completa da escravatura só ocorreu em 1888 por ato assinado pela Princesa Isabel, chamada de Lei Áurea.

A despeito do reconhecimento quanto à luta em prol da abolição da escravatura no Brasil, existem poucas obras destinadas ao detalhamento da participação de Rui Barbosa nessa causa. Como trata Moran (1973, p. 20), “será incluída, às vezes, de passagem, uma referência ocasional ao fato de ter Rui pronunciado um discurso no Teatro Politeama ou ter patrocinado um projeto parlamentar em favor da abolição”. Afora isso, pouco se tem documentado.

Nesse mesmo período, como consequência do seu destaque político, Rui Barbosa foi eleito para assumir a Assembleia Nacional e passou a se dedicar também a outras causas, como reformas eleitorais e educacionais. Após a Proclamação da República, em 15 de novembro de 1889, foi convidado para ocupar o Ministério da Fazenda e, posteriormente, assumiu os cargos de Deputado, Senador e, por duas vezes, foi candidato à presidência da República.

Esse foi, então, o momento mais importante de sua carreira. A partir daí, destacou-se no âmbito social e consolidou suas obras como referências no meio político e jurídico. Ao final do século XIX, ocorreram diversas reuniões na casa de Rui Barbosa, que, associado a Prudente de Moraes e, sob a influência dos ideais liberais norte-americanos, debateu e escreveu o texto da nova Constituição, posteriormente aclamado e promulgado em 1891, a marcar a modernização do modelo liberal republicano brasileiro:

Rui Barbosa buscava fixar princípios basilares do regime

A Contribuição de Rui Barbosa para a Construção do Pensamento...

em formação. A superioridade da constituição sobre leis e atos; a delimitação dos poderes no estado de sítio e a suspensão de seus efeitos com a cessação dele; a valorização do *habeas corpus* como garantia de direitos individuais, e além da segurança da liberdade de locomoção, pela inexistência de remédios específicos; o reconhecimento da competência do Poder Judiciário, notadamente do Supremo Tribunal Federal, para interpretar o Estatuto Maior, essas teses, ora aceitas, ora rejeitadas, acabaram por ser vitoriosas e se incorporaram a cartas políticas anteriores, até a atual. (MARINHO, 2001, p.17).

Como outro destaque inovador, pode-se citar a introdução de mecanismos de controle dos atos dos poderes Executivo e Legislativo pelo Judiciário. Rui Barbosa inseria, então, no ordenamento jurídico brasileiro, também sob influência norte americana, os primeiros traços do controle difuso de constitucionalidade, positivados na Constituição de 1891. Resta evidente que a tradição brasileira de controle da constitucionalidade responde pela modalidade difusa. Porém, nem toda a doutrina dos Estados Unidos fora assimilada. Mesmo com o controle difuso, típico da jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, o *stare decisis*, ou efeito vinculante das decisões proferidas em controle difuso da constitucionalidade pela mesma *Supreme Court*, somente chegará entre nós em 17 de março de 1993, com a Emenda Constitucional nº 3, e, ainda assim, apenas a originalmente atingir as decisões proferidas em ação declaratória de constitucionalidade.

Rui Barbosa tinha diante dos olhos a concretização de uma Constituição que aproximasse a realidade da sociedade, e trouxesse mais proteção a direitos. Um dos pontos seria a transferência de atribuições do antigo Poder Moderador para um órgão judicial, máximo, a funcionar como instância revisional e corte constitucional. Para tanto, foram instituídos alguns mecanismos de defesa dos indivíduos, dentre eles o *habeas corpus*, cuja competência também recaia sobre o recém criado Supremo Tribunal Federal. Rui Barbosa impetrou em 18 de abril de 1892, o instrumento para tratar de matéria política. Mas sua atuação não se restringiu, apenas, à defesa da correta

A Contribuição de Rui Barbosa para a Construção do Pensamento...

observância da Constituição pelas instituições. Personagem de um período no qual o poder era instrumento de arbítrio e opressão, ele trabalhou contra o desrespeito aos direitos políticos e o abuso das liberdades individuais.

Originou-se a doutrina brasileira do *habeas corpus*³, corrente teórica, criada no final do século do XIX e início do século XX, fortalecida por Rui Barbosa que, em virtude da carência de remédios constitucionais para a garantia dos direitos constitucionais, estendia a hipótese de cabimento do *habeas corpus* para diversos casos, sem restringi-lo à finalidade de proteção ao direito de locomoção, como se conhece hoje. De acordo com a Constituição do período Republicano de 1891, no artigo 72, parágrafo 22: “dar-se-á *habeas corpus* sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação, por ilegalidade ou abuso de poder”. Pronunciou-se Rui Barbosa:

É para o Congresso que se vos pede *habeas corpus* na pessoa dos senadores e deputados presos. [...] Se, pelo contrário, se coagular morta, no texto como no sangue de um cadáver, a Constituição de 1891 estará perdida. Ora, é a primeira vez que essa aspiração se vai ser submetida à prova real. E aqui está por que eu tremo, senhores, receando que o julgamento desta causa venha a ser o julgamento desta instituição. (SILVA, 2003, *online*)

Com formulação teórica defendida principalmente pelo Ministro Enéas Galvão, o STF entendeu que, sua condição de controlador da constitucionalidade com a Constituição de 1891, autorizava-o a interpretar a Constituição. Como inexistia direito sem a respectiva garantia, e a mesma Constituição instituiu uma única garantia, que era o *habeas corpus*, não restaria dúvida que esta garantia aplicar-se-ia a todos os direitos previstos na Constituição, especialmente aqueles que não tratavam de liberdade de locomoção. Não há como desconhecer aqui a originalidade de tal pensamento e suas consequências: garantias de não deportação de anarquistas que

³ Cf.: Leda Boechat Rodrigues. **História do Supremo Tribunal Federal, t. III: Doutrina Brasileira do Habeas-Corpus**. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1991.

A Contribuição de Rui Barbosa para a Construção do Pensamento...

chegavam da Itália; garantia de encontros e manifestações políticas de grevista e grupos sociais anarquistas e socialistas. Em nome dos presos políticos e contra os atos arbitrários do então Presidente Floriano Peixoto, Rui Barbosa ingressou com *habeas corpus*, sob o fundamento que remetia aos ditames das normas americanas, das quais era estudioso. O *habeas corpus* era, então, uma novidade no ordenamento jurídico brasileiro, mas que recebeu forte reflexão nacional, a ponto de desencadear as ações de governo para a alteração de sua redação constitucional, como a reforma constitucional de 1926.

Demonstra-se, dessa maneira, o avanço democrático estabelecido. Era a primeira vez que era proporcionada a possibilidade de enfrentar legalmente uma autoridade. Até então, ainda remanescia a reverência e submissão ao Poderes Executivo e Moderador monárquicos, marcada pela suposta sacralidade em torno da figura do Imperador. Ao se instituir o presidencialismo, com resguardo de alguns direitos aos indivíduos, pôde-se perceber a rica contribuição de Rui Barbosa para estabelecer os novos contornos sociais:

Mas nenhuma virtude pode pôr acima da lei o chefe de uma nação republicana; e os desvarios de um governo quando sacode os freios da lei. Está em vossas mãos restituirdes a nação à posse de seus representantes, ou condenardes a nação à hipocrisia do governo representativo, manipulado pelas secretas policiais. A sentença que proferirdes cativa o futuro, decidindo se de ora em diante as maiorias legislativas serão determinadas pelos debates da palavra, ou pelos golpes do estado de sítio. É para o Congresso que se vos pede *habeas corpus* na pessoa dos senadores e deputados presos. [...] Se, pelo contrário, se coagular morta, no texto como no sangue de um cadáver, a Constituição de 1891 estará perdida. Ora, é a primeira vez que essa aspiração se vai ser submetida à prova real. E aqui está por que eu tremo, senhores, receando que o julgamento desta causa venha a ser o julgamento desta instituição. (SILVA, 2003, *online*)

O dispositivo constitucional foi alterado em 3 de setembro de 1926, no âmbito da reforma constitucional do Presidente Artur Bernardes, instante em que o parágrafo 22 passou a ter a seguinte redação: “dar-se-á o *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência por meio de prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção”. A leitura

A Contribuição de Rui Barbosa para a Construção do Pensamento...

demonstra que foi omitida a coação e acrescentada a liberdade de locomoção. Houve, então, uma delimitação quanto ao campo de aplicação do *habeas corpus*. Tal limitação não poderia ser obra do acaso: objetivava combater a concepção aberta a que o Supremo Tribunal Federal recorria quando da concreta aplicação ao conceito do *habeas corpus*⁴.

As convicções liberal-democráticas de Rui Barbosa foram bem destacadas por Machado (1999, *online*):

Aqui não se chora. Aqui se reage. Aqui não se alçam bandeiras de lágrimas. Desfralda-se a bandeira da luta e da liberdade. A que me está nas mãos é a mesma de 1874, a mesma de 1888, a mesma de 1889, a mesma de 1893, a mesma de 1910, a mesma de 1916, a mesma de 1919; uma só, bandeira de cem batalhas, muitas vezes atraçoada, mas ainda não vencida: a bandeira do voto livre, a bandeira da extinção do cativo; a bandeira da União na Federação; a bandeira da Constituição Republicana; a bandeira de ódio às oligarquias e ditaduras; a bandeira da honra do Brasil no estrangeiro, a bandeira da revisão constitucional; a bandeira da verdade na República, da liberdade na democracia, da moralidade na administração. Numa bandeira: a bandeira do futuro.

Ao aderir ao ideal liberal, Rui Barbosa revelou-se empenhado com a promoção dos direitos sociais; posição essa identificada em seus atos de campanha presidencial. Na ocasião, adotou uma postura comprometida com a defesa dos interesses dos trabalhadores, na defesa da primazia do trabalho sobre o capital. Na prática, adotou uma agenda social estruturada na garantia de benefícios à classe operária.

⁴ A chamada doutrina brasileira do *habeas corpus* vem a fortalecer interessante coincidência histórica brasileira dos raros momentos de defesa da democracia que o Supremo Tribunal Federal registra em sua existência. Se a doutrina brasileira da primeira metade do século XX responde por um momento; as ordens de *habeas corpus* concedidas aos governadores Plínio Coelho, Mauro Borges e Miguel Arraes (do Amazonas, Goiás e Pernambuco, respectivamente), quando de suas prisões decorrentes dos Inquéritos Policiais Militares da ditadura militar instalada no País após abril de 1964, representam outro momento, e também a envolver o instituto do *habeas corpus*. Após a expedição destas ordens, a ditadura militar baixou o Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965, que deu nova redação ao art. 96 da Constituição de 1946, aumentando para dezesseis o número de ministros no STF. Em outras palavras, a fim de domesticar eventuais resistências no STF, cinco novos membros foram indicados para garantia da aparente tranquilidade institucional em favor dos governos militares. Cf.: Osvaldo Trigueiro do Vale. **O Supremo Tribunal Federal e a instabilidade político-institucional**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1976.

A Contribuição de Rui Barbosa para a Construção do Pensamento...

Com a convicção acerca da importância do poder da palavra, do diálogo educado e racional, Rui Barbosa tinha, ainda, uma preocupação: a alta taxa de analfabetismo. Ele sabia da importância da educação para mudar a realidade social e, em razão disso, reivindicava um ensino estruturado e organizado.

O intelectual acreditava que um Estado democrático e seus consequentes benefícios só seriam viáveis se existisse um povo com acesso à educação para, assim, ter consciência do seu papel em sociedade. Sofreu, entretanto, resistência de Joaquim Nabuco, que insistia na dificuldade de ensinar a ler e a escrever para as massas. Percebe-se que havia uma diversidade de discurso quanto à modernização democrática. Enquanto Rui Barbosa defendia uma mudança política para chegar no desenvolvimento social, Joaquim Nabuco defendia, sim, mudanças sociais puras. Veja a análise de Lynch (2008, *online*):

Rui Barbosa era o defensor por excelência da modernização política: para ele, as reformas políticas eram um imperativo civilizador e, como tal, elas deveriam ser impostas de cima para baixo, com ou sem a monarquia. Joaquim Nabuco, ao contrário, entendia que as reformas políticas teriam pouco ou nenhum alcance enquanto a maioria da população continuasse excluída da vida cívica pela dependência em relação a senhores e patrões. Do contrário, não haveria opinião pública capaz de conferir substância às instituições democráticas, que acabariam por esgarçar o abismo entre elas e o país real. Daí porque Nabuco priorizou reformas que alterassem a estrutura fundiária nacional, a fim de criar uma classe de trabalhadores educados e pequenos proprietários.

Em momento posterior, enquanto Ministro da Fazenda, criou o Tribunal de Contas da União, sob o argumento de que “nenhuma instituição é mais relevante, para o momento regular do mecanismo administrativo e político de um povo, do que a lei orçamentária. Mas em nenhuma também há maior facilidade aos mais graves e perigosos abusos.” (BARBOSA, 1891, p. 361).

Destaca, ainda, Rocha (2010, *online*):

Não se pode esquecer, inclusive, que tanto no episódio das eleições diretas, como no Encilhamento – em que ao

A Contribuição de Rui Barbosa para a Construção do Pensamento...

estimular a produção sofreu o boicote da aristocracia dominante –, Rui Barbosa contribuiu na abertura de caminho para o advento concreto da classe média, numa verdadeira renovação da sociedade. Com seu espírito público, discutiu e importou-se com o público. É preciso igualmente lembrar que o advento da classe média redundou na atual sociedade de consumo; que sem educação não há cidadania e sem cidadania inexistente democracia.

Além de todas as contribuições acima descritas, a seguir será tratada a carreira advocatícia de Rui Barbosa, especialmente será abordada sua atuação no caso denominado “o direito do Amazonas ao Acre setentrional”, momento marcante para a jurisprudência brasileira quanto à possibilidade, ou não, da apreciação de questões políticas pelos tribunais.

3 RUI BARBOSA, “O DIREITO DO AMAZONAS AO ACRE SETENTRIONAL” E O PRECEDENTE SOBRE JULGAMENTO POLÍTICO

O problema do federalismo brasileiro ainda permanece, especialmente quando se considera a questão do desenvolvimento nacional. A anotação, neste sentido, vem de BERCOVICI (2003, p. 29s) quando acertadamente enxerga o desenvolvimento como uma questão de Teoria do Estado, na medida em que compete historicamente ao Estado esta função indutora e plenajadora do modelo desenvolvimentista que se pretende para uma dada sociedade.

Enquanto advogado, Rui Barbosa defendeu os interesses do Amazonas e suscitou questão política como premissa de seus argumentos. Sua importância reside, então, na inovação hermenêutica

A Contribuição de Rui Barbosa para a Construção do Pensamento...

para o caso, além de revelar a questão subjacente: o desenvolvimento econômico do Estado do Amazonas e eventuais limites que lhe poderiam ser impostos pela União Federal. Dessa forma, a atualidade do pensamento de Rui Barbosa ganha em significado.

Em 1903, foi assinado pelo Brasil e pela Bolívia o Tratado de Petrópolis, que reconheceu como brasileiro o atual território do Acre, tornando-o parte dos comandos da administração federal. Entretanto, o Tratado não foi festejado por todos. Foram contrariados, principalmente, os interesses do Estado do Amazonas, que pretendia que lhe fosse anexada a parte setentrional daquela região cuja prosperidade era notória.

A fim de defender seus interesses, o Estado do Amazonas constituiu Rui Barbosa como advogado para, então, ingressar, à época, no Supremo Tribunal de Justiça. Em 1904, foi oferecida uma ação de reivindicação contra a União Federal, considerada uma das maiores causas do mundo e a maior da história forense brasileira, pois só a petição inicial, acompanhada de documentos, consistia em 21 volumes de quase seiscentas páginas cada um.

Atendendo ao procedimento judicial, em 1910, Rui Barbosa apresentou a sua resposta a uma tréplica da União, publicada com o título "do Direito do Amazonas ao Acre Setentrional", constituída de dois volumes. A tese do advogado trouxe os primeiros fundamentos sobre a possibilidade de apreciação, pelo Supremo Tribunal, de questões de cunho político.

Pretendia-se a anulação de parte do Tratado de Petrópolis, por meio do uso de argumentos que legitimavam o Poder Judiciário brasileiro a intervir em questão que se mostrava inteiramente política. A fundamentação era relaizada com base em casos concretos decididos pela Suprema Corte Americana, como um dos casos paradigmáticos de controle de constitucionalidade denominado "Marbury *versus* Madison". Apesar da proposta inovadora, o advogado reconhecia a excepcionalidade da postura dos Ministros nesse caso específico, que julgariam questão política em razão unicamente da relevância social

A Contribuição de Rui Barbosa para a Construção do Pensamento...

do problema concreto. Portanto, ressaltou-se que essa intervenção não seria a regra. Esse foi, então, considerado o melhor e o maior trabalho de advogado brasileiro apresentado num tribunal.

Em atenção à separação de poderes e a ilegitimidade da Corte, o Supremo Tribunal negou o pleito de Rui Barbosa e arguiu a impossibilidade de adentrar no mérito daquela demanda. Pode-se afirmar que “o direito do Amazonas ao Acre Setentrional” comprova a consciência da natureza jurídica das decisões que provenham do Supremo Tribunal, isentando-se de apreciação de demandas cujos conteúdos extrapolam as diretrizes legais dos magistrados e evidenciem cunho político exclusivo. O que se percebe até os dias atuais é que a polêmica continua.

4 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E AS DEMANDAS POLÍTICAS

Após a leitura da obra “O Direito do Amazonas ao Acre Setentrional” é fácil perceber a conexão existente entre a temática discutida em 1903 e a atual realidade que norteia o Brasil, no que tange à atuação do Supremo Tribunal Federal e sua intervenção em questões políticas. Parte considerável do constitucionalismo é refratária ao conhecimento das questões políticas, mesmo quando nelas estejam travestidos interesses de burla da Constituição. Luis Roberto Barroso, defensor da impossibilidade de conhecimento e julgamento das questões políticas, reconhece que o poderia também ser denominado de “golpe” o impeachment da Presidente Dilma Rousseff em 2016, em razão de que a “ausência de um comportamento moralmente reprovável da Presidente afastada sempre dará margem a uma leitura severamente crítica do episódio” (BARROSO, 2018, p. 513).

A Contribuição de Rui Barbosa para a Construção do Pensamento...

Ao contrário do que se viu em 1903, o Supremo Tribunal Federal mudou bastante seu pensamento. Tornou-se soberano da realidade jurídica e política, ao adentrar no mérito das demandas que lhes são postas à apreciação, ainda que haja o uso de fundamentação questionável.

Os problemas sociais têm se tornado cada vez mais complexos e interdependentes. De questões identitárias, como pautas de gênero, cotas raciais e comportamentos da sexualidade até desenvolvimento nacional e laços internacionais para livre circulação de bens e indivíduos, tudo tem sido objeto de apreciação judicial no Brasil e noutras sociedades. Dessa maneira, o aplicador do Direito passa a buscar soluções além do próprio Direito, e reivindica para si um espaço “refundacional” da política democrática. Em que medida tal reivindicação - e a concretização desta refundação procedem em termos de teoria da democracia – é compatível com democracia não será tema aqui estudado. O que chama a atenção é o volume a presença quase cotidiana dos atores judiciais na arena da política.

Instaura-se, então, uma nova perspectiva epistemológica, em que devem ser observados sistematicamente os mais diversos elementos que colaboram com a ampliação do conhecimento jurídico sem se distanciar do seu viés científico. Por não se conceber um sistema jurídico autossuficiente, tais desafios passam a ser resolvidos com a interdisciplinaridade. Aqui, trata-se do Direito com a política.

A origem do debate político do Direito leva em consideração questões políticas, econômicas, educacionais, dentre outras. O objetivo é a concretização da tensão política e social que consegue se impor, com a expectativa de proteger o uso da política como elemento promotor de arbitrariedades. Após as deliberações, a vontade popular se materializa no texto das produções legislativas, por meio da tradicional democracia representativa.

Após a concretização do Direito em um texto, a política serve como mecanismo de auxílio ao aplicador para compreender a

A Contribuição de Rui Barbosa para a Construção do Pensamento...

realidade social, alcançando assim o objetivo de promover a justiça. A análise sistemática entre Direito e política é, portanto, essencial para a compreensão completa do complexo fenômeno jurídico.

A partir disso, reconhecer, dentre as possibilidades de interpretação, a aplicável ao caso concreto não representa uma questão de conhecimento, mas, sim, de política, de escolha. Portanto, o preenchimento da moldura é um ato voluntário do magistrado, que pode suscitar o enaltecimento de subjetivismos na construção do Direito. Entretanto, deve-se observar com atenção o entendimento de Bercovici (2003, p. 9):

Elaborar ou adotar uma Teoria da Constituição não significa a possibilidade de utilização de qualquer concepção de Constituição. Se pudesse ser escolhido qualquer modelo constitucional, a Constituição não passaria de um texto formal que admite interpretações totalmente diversas, inclusive contra seus dispositivos. O que se necessita é de uma Teoria da Constituição vinculante, que não seja fruto de interpretações meramente subjetivas ou de condições políticas conjunturais.

Nota-se o crescente número de demandas de cunho político sendo levadas à apreciação do Poder Judiciário e, mais que isso, sendo efetivamente julgadas com os mais diversos embasamentos, o que favorece uma politicidade do Direito. Não há dúvida quanto ao risco que esse comportamento do magistrado gera no Estado Democrático de Direito, pois ocorre notório desequilíbrio das funções estatais, com a transferência do debate político da seara legislativa para a judicial.

No caso de disputa territorial advogado por Rui Barbosa, perceb-se que, apesar de ter se manifestado impossibilitado de julgar questão política àquela época, o Supremo Tribunal Federal, hoje, não exerce tal postura. Assumindo-se como promotor da democracia, a Corte autoriza a intervenção em diversas áreas sociais, mesmo com a inexistência de legislação regulando o caso concreto.

Ou seja, o Supremo Tribunal Federal tem adotado uma postura que caracteriza o ativismo judicial, utilizando o argumento levantado por Rui Barbosa, de que, ainda que problemático, seria

A Contribuição de Rui Barbosa para a Construção do Pensamento...

possível a decidir sobre questões políticas. A situação de decisão seria tida como exceção, entretanto, nota-se a continuidade de julgamentos mais políticos que jurídicos. Enzo Bello, Gilberto Bercovici e Martonio Barreto Lima já resumiram, recentemente, este quadro em que se encontra o País (BELLO, 2018, p. 7s):

Há duas premissas fundamentais: (i) a existência de um déficit de concretização das normas constitucionais (“frustração constitucional”)4 e a concepção de que o caminho para elas passarem a ter plena efetividade passa unicamente pelas vias jurídicas institucionais (interpretação constitucional e argumentação jurídica); pelos atores tradicionais do sistema judiciário (tribunais, ministério público, procuradorias, Defensoria Pública etc.) e pelo manejo dos chamados remédios constitucionais tradicionais (*habeas corpus*, mandado de segurança, ação civil pública, ação popular) e outros incorporados ou ampliados com o advento da Constituição de 1988 (mandado de injunção, arguição de descumprimento de preceito fundamental, ação direta de inconstitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ação declaratória de constitucionalidade); e que (ii) devido à morosidade e ineficiência dos Poderes Executivo e Legislativo, a jurisdição constitucional é apontada como “válvula de escape” e espaço inovador para a ampliação da efetividade de direitos fundamentais, inclusive abrangendo o controle judicial de políticas públicas. Qual é a agenda da “doutrina brasileira da efetividade”? Identificamos nos textos dos defensores da “doutrina brasileira da efetividade” os seguintes eixos temáticos e características: (i) concepção isolada do direito; (ii) perspectiva teórica filosófica kantiana; (iii) judicialização da política e das relações sociais, e ativismo judicial.

É o que se percebe com o caso decidido pelo Judiciário sobre a possibilidade de casamento homoafetivo ou sobre a interrupção de gravidez de anencéfalos. Ambos os casos foram autorizados por magistrados, ainda que não houvesse legislação específica na época. De acordo com o princípio da separação de poderes, o trâmite para questões como estas, a dividirem qualquer sociedade, seria o procedimento interno do Poder Legislativo para.

O caso “do direito do Amazonas ao Acre Setentrional” foi inovador no sentido se antecipar o que, mais um cem anos depois, começou a se efetivar: o Judiciário julga questões políticas. Rui Barbosa inaugurou um precedente, o qual ampliou, ainda que de forma contrária aos ditames democráticos de separação de poderes, as

A Contribuição de Rui Barbosa para a Construção do Pensamento...

funções do Poder Judiciário. Disso se retira a atualidade do pensamento de Rui Barbosa para a reflexão sobre a ordem democrática brasileira e a construção do pensamento político-constitucional próprio.

5 CONCLUSÃO

Rui Barbosa foi relevante intelectual, advogado, jornalista e político, dedicado à luta por causas como abolição da escravatura, democracia liberal, federalismo, igualdade e liberdade individual. Seus ideais liberais o impulsionaram a promover mudanças sociais, por meio de alteração no cenário político. Poucas foram as questões jurídicas e políticas da época que não contaram com a sua participação ou opinião.

Sob influência da Constituição norte americana, Rui Barbosa idealizou novo texto constitucional para efetivar o seu projeto de sociedade democrática. Isso ocorreu com a previsão de dispositivos que asseguravam direitos e garantias individuais, o instrumento de *habeas corpus*, o voto direto (mesmo que aberto e destinado apenas a homens), a separação entre Estado e Igreja, independência entre poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como o modelo presidencialista e federativo.

Rui Barbosa foi expoente de período da história brasileira, marcado por divergência, não acerca da realidade com atraso social e econômico, nem tampouco em relação ao domínio político de

A Contribuição de Rui Barbosa para a Construção do Pensamento...

oligarquias patrimonialistas. A divergência relacionava-se quanto ao caminho a seguir no sentido de fortalecer a esfera pública nacional, nos moldes do liberalismo de herança do século XIX.

A contribuição de Rui para o pensamento constitucional brasileiro pela luta abolicionista da escravatura, bem como por ter influenciado a primeira Constituição republicana de 1891, destaca-se pela introdução de controles dos atos dos poderes Executivo e Legislativo pelo Judiciário, e por atuar na consolidação da doutrina brasileira do *habeas corpus*, vindo a ampliar esse instituto por meio da impetração de inúmeros *habeas corpus* em defesa de presos políticos e de garantias individuais. A introdução de nova linguagem constitucional de ampliação e amparo aos direitos fundamentais recebia, com a Constituição de 1891 e a presença de Rui, outro impulso, inédito no País relativamente à compreensão de direitos. Rui Barbosa deixou legado de atitudes e palavras que tratam, na prática, dos mais expressivos temas relacionados pelos operadores das Ciências Jurídicas.

Reconhece-se a atualidade de seu pensamento quanto à apreciação de questões políticas por meio das Cortes Judiciárias. Por estar à frente da defesa do caso denominado “do Direito do Amazonas ao Acre Setentrional”, Rui Barbosa foi pioneiro ao insistir na tese de que o Judiciário poderia apreciar demanda política, de acordo com o caso concreto. É importante que se faça reflexão sobre a postura adotada atualmente pelos Tribunais brasileiros, especialmente, o Supremo Tribunal Federal, que tem se mostrado adepto de pronunciamentos ativistas politicamente.

Rui Barbosa terá sempre o destaque como referência na ciência política e jurídica moderna no Brasil. Seu pensamento inovou pelo nível de insistência em tópicos quase inexistentes no debate judiciário nacional: defesa dos direitos fundamentais, soberania popular e separação dos poderes.

A Contribuição de Rui Barbosa para a Construção do Pensamento...

Data de Submissão: 30/03/2018

Data de Aprovação: 23/02/2019

Processo de Avaliação: *double blind peer review*

Editor Geral: Jailton Macena de Araújo

Editor de Área: José Ernesto Pimentel Filho

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Rui. **Tribunal de Contas**. Obras Completas de Rui Barbosa. V. 18, t. 3, 1891.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. São Paulo: Saraiva, 2018.

BELLO, Enzo; BERCOVICI, Gilberto. LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. O Fim das Ilusões Constitucionais de 1988? **Revista Direito e Práxis**, *Ahead of print*, Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: [file:///C:/Users/User/Downloads/37470-125988-2-PB%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/User/Downloads/37470-125988-2-PB%20(1).pdf). acesso em 02 fev 2019. DOI: 10.1590/2179-8966/2018/37470.

BERCOVICI, Gilberto. **A constituição de 1988 e a teoria da Constituição**. In> Constituição Federal: 15 anos- Mutações e evolução- comentários e perspectivas. Coordenação: André Ramos Tavares, Olavo A. V. Alves Ferreira e Pedro Lenza. São Paulo: Método, 2003.

BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdade Regional, Estado e Constituição**. São Paulo: Editora Max Limonad, 2003.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao091.htm > Acesso em 2 mar. 2018.

LYNCH, Christian Edward Cyril. **A primeira encruzilhada da democracia brasileira: os casos de Rui Barbosa e de**

A Contribuição de Rui Barbosa para a Construção do Pensamento...

Joaquim Nabuco. 2008. Disponível em:

<<http://www.scielo.br/pdf/rsocp/v16s0/a09v16s0.pdf>>. Acesso em: 23 abr. 2017.

MACHADO, Mário Brockmann. **Rui Barbosa.** Disponível em:

<http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/k-n/FCRB_MarioBrockmannMachado_Rui_Barbosa.pdf> Acesso em: 20 mar. 2018.

MARINHO, Josaphat. **Rui Barbosa: Valores da personalidade e da obra.** Brasília: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, 2001.

MONTEIRO, Mozart. **Rui, abolicionista.** In: O abolicionista Rui Barbosa: edição comemorativa do centenário da abolição. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1988.

MORAN, Emilio Frederico. **Rui e a abolição.** Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1973.

ROCHA, Amélia Soares da. Rui Barbosa, a formação do Brasil e o pensamento jurídico. **Revista Pensar**, v. 15, n. 1, p. 9-33, jan./jun2010. Disponível em: <<file:///C:/Users/Alice%20Pinheiro/Downloads/2117-5908-1-PB.pdf>> Acesso em: 2 mar. 2018.

SILVA, Evandro Lins e. **Rui Barbosa e os Direitos Humanos.** 2003. Disponível em: <<http://www.casa.gov.br/ciclo17.htm>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

A Contribuição de Rui Barbosa para a Construção do Pensamento...

The Contribution of Rui Barbosa to Brazilian Political Constitutional Thought

Martonio Mont'alverne Barreto Lima

Maria Alice Pinheiro Nogueira

Abstract: Because of the need to discuss the possible causes that undermine the Democratic State of Law, this article has as its object the analysis of Rui Barbosa's contribution to the construction of Brazilian political-constitutional thinking. For that, a study of his academic and professional trajectory is done in order to ascertain the factors that influenced the development of his works and cooperated for its relief, especially in the scope of the law. Among the novelties for the Brazilian legal system, the jurist presented the model of diffuse control of constitutionality, under American influence, which was inserted in the provisions of the Constitution of 1891. In addition, the case defended by Rui Barbosa, called "the Right of the Amazon to the North Acre" to lead the reflection on the jurisdictional function of the Superior Courts, especially of the Federal Supreme Court, regarding the judgment of political questions. Therefore, this work is produced through bibliographic analysis of books, electronic sites, legal journals and jurisprudence, in order to extol the importance of this thinker to Brazilian legal guidelines.

Keywords: Rui Barbosa. Brazilian constitutional thought. Political judgment.

Hermenêutica, Garantismo e Presunção do Estado de Inocência Relativizado: o Posicionamento do Supremo Tribunal Federal a partir do Habeas Corpus n. 126.292-sp

Humberto Cardoso Pinto

Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza (PPGD/UNIFOR). E-mail: humbertocpinto@gmail.com

Eduardo Rocha Dias

Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Lisboa. Professor titular do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza (PPGD/UNIFOR). E-mail: eduardordias@hotmail.com

Nestor Eduardo Araruna Santiago

Doutor em Direito Tributário, com estágio Pós-Doutoral em Direito pela Universidade do Minho (Portugal). Professor Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional e do Curso de Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). E-mail: nestoreasantiago@gmail.com

Resumo: A presunção de inocência está prevista no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal, entre os direitos e garantias fundamentais, com papel relevante no ordenamento constitucional brasileiro. Segundo a literalidade do dispositivo, somente com o trânsito em julgado de sentença penal condenatória pode-se considerar alguém culpado. Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus n. 126.292-SP, entendeu, por maioria, que a partir do julgamento condenatório em tribunal recursal ordinário, a execução da pena pode iniciar-se, pois nos recursos de natureza extraordinária não se discutem questões fáticas, somente de direito. O problema a ser investigado é se a literalidade da regra constitucional da presunção de inocência permite a execução provisória de pena na pendência de julgamento de recursos de caráter extraordinário. O objetivo geral é responder qual interpretação deve prevalecer acerca do limite de prevalência do princípio de presunção do estado de inocência. A pesquisa é, quanto à fonte, bibliográfica, e utiliza-se de livros, artigos científicos e das decisões do STF a partir do referido habeas corpus, bem como usa dispositivos da Constituição Federal. Quanto aos objetivos, é exploratória, e busca o aprimoramento da discussão sobre presunção de inocência, a partir de análise do habeas corpus citado.

Palavras-chave: Presunção do estado de inocência. Trânsito em Julgado. Hermenêutica. Garantismo. Supremo Tribunal Federal.



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA

João Pessoa, Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas

Hermenêutica, garantismo e presunção do estado de inocência relativizado: o posicionamento do Supremo Tribunal Federal a partir do Habeas Corpus n. 126.292-SP

Humberto Cardoso Pinto

Eduardo Rocha Dias

Nestor Eduardo Araruna Santiago

1 INTRODUÇÃO

A presunção do estado de inocência, princípio constitucional previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988 (CF), é um direito fundamental, o qual garante que não se pode falar em culpa imposta a alguém antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Por ser direito fundamental, merece especial proteção: não há sequer a possibilidade de ocorrer deliberação de qualquer emenda constitucional que tenda a o abolir, por ser cláusula pétrea (art. 60, § 4º, inc. IV, CF).

Questão que se torna relevante, objeto do Habeas Corpus (HC) n. 126.292-SP impetrado perante o Supremo Tribunal Federal (STF) e em demandas posteriores, é em que momento a culpabilidade toma o lugar da presunção do estado de inocência. Afinal, em sede de recursos de natureza extraordinária, tais como o são o recurso especial e o extraordinário, não se há de discutir questões fático-probatórias, mas

Hermenêutica, garantismo e presunção do estado de inocência...

somente questões de direito. Por outro lado, a não-culpabilidade pode decorrer do provimento desses recursos, além do fato de que os direitos e garantias fundamentais demandam interpretação que melhor lhes resguarde.

Diante da possibilidade ou não da relativização do princípio da presunção de inocência, a problemática que se impõe é se a literalidade da regra constitucional acerca da presunção do estado de inocência permite a execução provisória de pena na pendência de julgamento de recursos de caráter extraordinário

O objetivo geral é responder qual interpretação deve prevalecer acerca do limite de prevalência do princípio de presunção do estado de inocência. Os objetivos específicos são: identificar, por intermédio de princípios hermenêuticos e interpretativos, se a execução de pena antes de transcorrido o último recurso fere o princípio da presunção de inocência, e analisar argumentos favoráveis e contrários à possibilidade da execução da pena condenatória, ainda que possível a interposição de recursos de natureza extraordinária, tendo como base as motivações de voto e fundamentos constantes a partir do HC n. 126.292-SP.

Quanto à fonte, o artigo é bibliográfico, pois decorrente de pesquisas realizadas em livros e artigos científicos (GIL, 2002, p. 48), além dos acórdãos do HC n. 126.292-SP e de outros dois casos e da CF. A pesquisa é exploratória, quanto a seus objetivos, pois seu fim primordial é perquirir “maior familiaridade com o problema, com vistas a torná-lo mais explícito”, além de possibilitar “o aprimoramento de ideias” (GIL, 2002, p. 41).

Principia-se o artigo pelo tratamento das características dos direitos fundamentais expostos na CF; passa-se à exposição de visões hermenêuticas e interpretativas; aborda-se o problema a partir do HC n. 126.292-SP impetrado perante o STF, e faz-se análise crítica das decisões a respeito dessa questão.

2 DA IMPORTÂNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CF

Os direitos fundamentais são dotados de características axiológicas e principiológicas e, para Lopes (2001, p.35), se relacionam com a busca da realização da dignidade humana no âmbito social, além de legitimarem o sistema jurídico estatal. Delgado (2000, p. 179) reforça a ideia de vinculação dos direitos fundamentais à dignidade humana, sem deixar de mencionar que se relacionam à liberdade, constituindo-se em valores de natureza histórico-filosófica e universalidade.

Não se pode, portanto, evitar relacionar o respeito aos direitos fundamentais como necessário à perquirição da dignidade da pessoa humana, a qual é fundamento republicano (art. 1º, inc. III, CF) (BRASIL, 1988). Esses direitos também concretizam a dignidade da pessoa humana, a qual, como fundamento republicano, deve ser buscada a todo momento. Os direitos fundamentais detêm, igualmente, papel de centralidade na ordem constitucional brasileira, especialmente a partir do que se convencionou denominar neoconstitucionalismo.

Quanto ao neoconstitucionalismo, Streck (2011, p.10) trata de expor as diferenças entre as concepções do termo. Nesse diapasão, elabora o neoconstitucionalismo, tal como tomado pela teoria estadunidense, que o concebe a partir dos movimentos de redemocratização na “chamada modernidade periférica nas últimas décadas”, como percebido no Brasil. Por outra senda, o mesmo termo pode tratar da concepção teórica espanhola ou italiana, no pós-Segunda Guerra Mundial, a superar as perspectivas fundamentadoras

Hermenêutica, garantismo e presunção do estado de inocência...

do direito que lhe antecederam, no condizente à interpretação e aplicação do mesmo direito.

O fenômeno do neoconstitucionalismo tem, como marcas relevantes, “o reconhecimento da normatividade dos princípios”, e a dotação, à Constituição, de força normativa. No Brasil, houve algumas consequências provocadas pelo movimento designado como neoconstitucional, dentre as quais, a valorização dos princípios, com a decorrente desvalorização das regras, além da adoção de métodos de hermenêutica jurídica consubstanciados por sua flexibilização (OLIVEIRA; VACCARO, 2018, p. 193-195).

É inegável, tal como percebido a partir de uma análise preliminar da posição ocupada pelos direitos fundamentais na CF, a qual se deixou influenciar pelas ideias neoconstitucionalistas, em especial sob o aspecto doutrinário estadunidense, a centralidade desses direitos no ordenamento brasileiro. Streck (2011, p. 11) discorda da relação entre direito e moral estabelecida a partir do período neoconstitucional, já que valores são reincorporados no intuito de determinação de um direito considerado justo, o qual só seria alcançado a partir da atividade jurisdicional.

A partir desse aspecto, o protagonismo judicial em voga, tomado por esses valores de características jusnaturalistas (STRECK, 2011, p. 20), provocaria a discricionariedade na tomada de decisões, ainda que em prol de direitos fundamentais, a partir da ponderação entre princípios. Tal prática, segundo o mesmo autor, é observada na atividade jurisdicional brasileira, e pode ocasionar o que se denomina *ativismo judicial*, com extrapolação dos limites constitucionalmente previstos (STRECK, 2011, p. 22).

No entanto, merece realce o entendimento de que decisões judiciais impregnadas pelo subjetivismo exacerbado dos magistrados resultam de má compreensão e utilização dos instrumentos advindos do neoconstitucionalismo. De modo a evitar os resultados danosos,

Hermenêutica, garantismo e presunção do estado de inocência...

especialmente devido à ponderação de princípios, devem ser estabelecidos “critérios objetivos na ponderação e na aplicação dos princípios colidentes” (OLIVEIRA; VACCARO, 2018, p. 206-207).

Quanto à caracterização dos direitos fundamentais, Lopes (2001, p. 37) expõe cinco pontos: i) função dignificadora, pois têm por objetivo salvaguardar a dignidade humana, ao defender a esfera humana individual em desfavor de interferências indevidas provenientes do poder público, além de exigir deste o exercício de atividades promotoras do desenvolvimento humano integral, sendo oponível igualmente aos particulares; ii) serem detentores de natureza principiológica, e terem caráter otimizador, a requererem soluções que melhor os perfaçam no caso concreto; iii) constituem-se como elementos legitimadores do sistema jurídico estatal, em especial do ordenamento constitucional; iv) são normas constitucionais, pois positivados na Constituição Federal e, por fim; v) detêm historicidade por refletirem a concepção social de dignidade humana prevalecente ao longo do tempo.

A presunção do estado de inocência decorre do texto do inciso LVII do art. 5º da CF, o qual prevê que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988). Referido dispositivo está localizado no Capítulo I, intitulado “Dos direitos e deveres individuais e coletivos” do Título II, “Dos direitos e garantias fundamentais”. Portanto, o dispositivo analisado é direito fundamental e sua observância, conforme exposto acima, é essencial para que se perfaça a dignidade da pessoa humana de forma mais ampla.

Nesse diapasão, é importante a indagação de em que momento finda a presunção de inocência: se com a confirmação de sentença condenatória por tribunal imediatamente hierarquicamente superior ao órgão que primeiro sentenciou, ou se abrange até o último recurso, ainda que este seja de natureza extraordinária.

3 DA HERMENÊUTICA JURÍDICA E DA INTERPRETAÇÃO

A hermenêutica jurídica não deve ser confundida com a interpretação. Afinal, a hermenêutica, de forma geral, “é a teoria científica da arte de interpretar”. A hermenêutica jurídica, portanto, deve ser compreendida como a teoria científica do ramo jurídico que prevê procedimentos e/ou métodos concernentes à adequada interpretação dos textos normativos (MAXIMILIANO, 2006, p. 1). Já a interpretação é o esclarecimento, a explicação, a oferta de significado de uma palavra, atitude ou gesto, ou, ainda, do real sentido de uma expressão, ou o conteúdo integral de norma, frase ou sentença (MAXIMILIANO, 2006, p. 7).

Assim, ao se observar os ditames de hermenêutica, há maiores possibilidades de se extrair o significado normativo mais adequado à situação concreta. Passa-se, pois, às abordagens hermenêuticas de Hans-Georg Gadamer, as quais são relacionadas com as ideias de garantismo, e Friedrich Müller; quanto à interpretação, a análise será realizada sob os cânones interpretativos tradicionais, expostos de forma incidental, e o consequencialismo, tratado por Klaus Mathis.

3.1 Hermenêutica Filosófica de Hans-Georg Gadamer

A hermenêutica filosófica de Gadamer figura como tratativa filosófica que percebe a compreensão como processo ontológico do

Hermenêutica, garantismo e presunção do estado de inocência...

homem, ou seja, a compreensão advém do próprio ser do homem, é inerente a ele, é seu modo de ser. Entretanto, a compreensão não corresponde simplesmente ao processo humano subjetivo em relação ao objeto a ser compreendido (PALMER, 1999, p. 168).

Gadamer acredita na dialética, mediante a qual o tema faz advir as questões a serem respondidas, como essencial à compreensão e ao encontro da verdade. Ou seja, o objeto a ser compreendido encontra-se, tal como o sujeito, imerso no tempo e na história, sendo mediatizado pela linguagem. Por isso, a interpretação prescinde de métodos baseados na separação entre o sujeito cognoscente e o objeto a ser conhecido, por ser o próprio objeto, em relação dialética com o sujeito, o ponto do qual as questões surgem (PALMER, 1999, p.169).

Como adota a ideia do círculo hermenêutico de Heidegger, em que a parte auxilia na interpretação do todo, e vice-versa, entende Gadamer (2004, p. 355) que, ao aparecer ao sujeito cognoscente um primeiro sentido no texto, deve ser levado em consideração na busca de obtenção do significado integral do texto, pois este se vai revelando. Neste momento, a projeção inicial realizada pelo intérprete substitui-se paulatinamente pelo que é lido. “A compreensão do que está posto no texto consiste precisamente na elaboração desse projeto prévio”, o qual passa por constante revisão “com base no que se dá conforme se avança na penetração do sentido”.

No caso a ser exposto, da relativização da presunção do estado de inocência, ou então, da interpretação de qual é o limite dela, o principal ponto refere-se ao significado de *trânsito em julgado de sentença penal condenatória*. A partir do disposto nas ideias de Gadamer, o dispositivo constitucional objeto do trabalho deve enunciar seus contornos ao intérprete. Para tanto, é mister que se delineie a extensão do texto normativo, no sentido de determinar se é possível a interpretação a partir do foco no inc. LVII do art. 5º da CF, ou se é necessário que se o conjugue com os demais dispositivos,

Hermenêutica, garantismo e presunção do estado de inocência...

expostos tanto no mesmo artigo quanto em outros, e até no conjunto normativo como um todo.

A compreensão restará malograda quando não observada a consecução adequada do círculo hermenêutico, ou seja, quando não se der em toda sua justeza a compreensão de forma contínua das partes em relação ao todo, enquanto o todo, da mesma forma, influi na apreensão do sentido das partes. Deve dar-se, para adequada compreensão, a ampliação da unidade semântica em círculos concêntricos (GADAMER, 2004, p. 385).

Entretanto, tudo isso não significa que o intérprete atua como mero sujeito passivo ou observador do sentido que lhe advém do texto, pois Gadamer reconhece que o círculo hermenêutico, a partir das lições de Heidegger, não se caracteriza por ser objetivo nem subjetivo. A compreensão é “como o jogo no qual se dá o intercâmbio entre o movimento da tradição e o movimento do intérprete” (GADAMER, 2004, p. 388). A tradição é o que vai ao encontro do intérprete, e a dialética de Gadamer é a ocorrida “entre o contexto em que cada pessoa se insere e o contexto da tradição”. O objetivo da dialética é fenomenológico, pois se procura a revelação da coisa observada percebida como ser (PALMER, 1999, p. 170).

Ainda quanto à tradição, Gadamer entende que não se há de falar em compreensão pura da história, pois pelo próprio conceito de historicidade, há “operacionalidade do passado no presente”, pois só é possível compreender e perceber o presente por meio “das intenções, modos de ver e preconceitos que o passado transmitiu”. A tradição, pois, não deve ser percebida como oposta aos seres cognoscentes, pois estão situados nela (PALMER, 1999, p. 180), por ser a formação da tradição contínua no tempo.

Observado todo o exposto, a compreensão do princípio de presunção de inocência deve ater-se ao contexto histórico. Este princípio é pautado no advento de uma ordem constitucional que lança

Hermenêutica, garantismo e presunção do estado de inocência...

uma nova luz sobre os direitos e garantias fundamentais e expressa como fundamento republicano a dignidade da pessoa humana.

3.1.1 O Garantismo aplicado aos Direitos Fundamentais

Dada a importância concedida aos direitos fundamentais, os quais detêm caráter axiológico e papel central na CF, faz-se necessário que sejam interpretados de maneira a garantir sua eficácia e sua fiel observação. O garantismo segue essa linha, porém, antes de abordá-lo, é necessário que se trate do contexto histórico que o antecedeu.

Mesmo com a superveniência do que se convencionou chamar Estado Social de Direito sobre o Estado Liberal, em especial a partir da Constituição Mexicana de 1917 e da Constituição de Weimar em 1919, o discurso neoliberal, a partir da década de 1970 e mais solidamente durante a década seguinte, se fez acompanhar de um aumento da importância da chamada análise dos custos econômicos dos direitos sociais, e a questão referente a estes passou a assumir papel prelevante sobre referidos direitos, justificando sua redefinição. Entretanto, o neoliberalismo viu-se fragilizado a partir da crise econômica de 2008 e 2009, e o pensamento referente aos custos dos direitos sociais, verdadeira análise de cunho capitalista-financeiro, restou contestado. Adveio, portanto, o ressurgimento da discussão sobre os direitos humanos e fundamentais (CADEMARTORI; GRUBBA, 2012, p. 704).

Ferrajoli (2006, p. 114) denota o que se convencionou chamar de garantismo, especialmente aplicado aos direitos fundamentais, ao observar que, no período posterior à Segunda Guerra Mundial, o Estado Constitucional de Direito passou a prevalecer sobre o Estado Legislativo de Direito. Assim, os dispositivos constitucionais foram dotados de maior importância, a prever proibições e obrigações ao Poder Público, concedendo maior força aos princípios e direitos fundamentais.

Hermenêutica, garantismo e presunção do estado de inocência...

Como resultado natural da crescente relevância obtida pelos dispositivos constitucionais, visando-se à proteção dos direitos e garantias fundamentais, estabelecem-se, a partir do garantismo de Ferrajoli, limites quando da aplicação das normas infraconstitucionais (SABOIA; SANTIAGO, 2018, p. 56), as quais devem ser interpretadas à luz das normas constitucionais. Limites devem ser impostos, portanto, à interpretação judicial das normas, especialmente as que abordam direitos e garantias fundamentais, com intuito principal de evitar distorção de seus sentidos, o que pode provocar redução na efetividade normativa.

Nesse sentido, Ferrajoli (2006, p. 115) percebe no garantismo a outra face do constitucionalismo, ao prever técnicas asseguradoras de maximização da efetividade dos direitos previstos na Constituição. Por conseguinte, o paradigma do que se denomina democracia constitucional deve ser compreendido em três sentidos: a garantia dos direitos constitucionais, abrangendo-se, além dos direitos de liberdade, os sociais; a afetação desse fenômeno em face de todos os poderes, públicos ou privados, e, ainda, em todos os níveis, ou seja, incidente sobre o direito estatal ou interno bem como sobre o direito internacional.

Posto que o fim último do garantismo é assegurar a efetividade dos dispositivos constitucionais e, mais precisamente, dos direitos e garantias fundamentais, deve-se limitar a atuação estatal, mediante redução, no campo penal, dos poderes punitivos estatais. Adota-se, portanto, segundo a teoria garantista de Ferrajoli, a “interpretação restritiva dos tipos penais” por um lado, enquanto, por outro, fica defeso, ao intérprete do direito e a seu aplicador, optar por privilegiar “juízos valorativos em prol da sociedade” em detrimento dos direitos fundamentais individuais (LIMA; SOTTO-MAYOR, 2015, p. 19-20).

O garantismo deve ser compreendido como o conjunto de técnicas que busquem garantir o máximo grau de efetividade aos direitos previstos na ordem constitucional. Referida efetividade deve

Hermenêutica, garantismo e presunção do estado de inocência...

opor-se aos poderes estatais bem como aos entes privados, mesmo às maiorias. Afinal, as minorias abrangem as camadas mais fragilizadas da sociedade, às quais deve caber maior atenção na consecução dos direitos fundamentais.

Não se pode deixar de mencionar, ao tratar-se do viés penal e, por conseguinte, dos poderes punitivos estatais, que o garantismo defende direito penal mínimo e que deve haver prevalência dos direitos fundamentais sobre os referidos poderes de punição do Estado, segundo o defendido por Ferrajoli, já que o próprio Estado se submete aos direitos individuais fundamentais (IPPOLITO, 2011, p. 36).

O garantismo pode relacionar-se à ideia de Gadamer de que o objeto a ser compreendido expõe seus limites interpretativos ao próprio intérprete, assumindo a posição de sujeito. Os direitos fundamentais, que gozam de centralidade no ordenamento constitucional brasileiro, demandam, assim, maior efetividade em seu cumprimento, e deixam transparecer seus limites. A presunção constitucional do estado de inocência demanda, assim, seu maior grau de efetividade, e sua interpretação, por sua vez, deve ocorrer segundo delineamentos do texto do artigo 5º, inciso LVII, da CF.

3.2 A Teoria Estruturante da Norma, de Friedrich Müller

Müller (2009, p. 59), ao abordar os limites a serem observados na interpretação do conteúdo normativo e, pois, na concretização da norma, exterioriza as dificuldades impostas na necessidade de separação entre preconceitos produtivos, que permitem alcançar materialmente a compreensão, e preconceitos impeditivos da

Hermenêutica, garantismo e presunção do estado de inocência...

“compreensão correta, a concretização conforme a norma”. Tal decorre a partir de análise realizada por Müller quanto à teoria de Gadamer no referente à pré-compreensão, caracterizada como pressupostos provindos do intérprete. Essa pré-compreensão é necessária à tarefa da compreensão e manifesta-se “em princípio como a relação vital do sujeito” cognoscente com o objeto a ser compreendido.

Müller (2009, p. 59) percebe que “a concretização de direito, impossível fora da linguagem, sempre é co-caracterizada por esse horizonte universal, pré-jurídico da compreensão”. A pré-compreensão realizada, ou os pré-juízos, englobando não somente a prévia opinião “geral do uso da linguagem”, mas igualmente pré-compreensões de conteúdo, figuram, conforme ensinamentos de Gadamer, como condição necessária da compreensão. Figura, aí, o conceito de círculo hermenêutico, como herança da tradição.

À teoria estruturante da norma cabe, para consecução do divórcio entre preconceitos produtivos e impeditivos da compreensão, a conjugação entre reflexão e racionalização destes preconceitos. Por isso, “os elementos da pré-compreensão devem ser introduzidos de forma racionalizada e controlável no nexos da fundamentação jurídica” (MÜLLER, 2009, p. 59).

Müller (2009, p. 145) aborda a relação havida entre direito e realidade, e, em razão de situações em que se percebe o desrespeito aos métodos de interpretação canônicos (tradicionais), tais como gramaticais, sistemáticos, teleológicos e genéticos (históricos), ressalta: a “falta de logicidade depõe menos contra a possibilidade de defender decisões específicas em si do que contra o alcance” destes meios interpretativos, os quais seriam suficientes para sobrepôr as questões metódicas.

Quanto aos cânones interpretativos, necessário que se lhes mostre, ainda que superficialmente, o conteúdo: o método gramatical

Hermenêutica, garantismo e presunção do estado de inocência...

demanda que se aplique a lei tal como prevista de forma escrita, de modo a respeitar os limites gramaticais de sua gênese; o histórico ou genético busca “precedente histórico como meio analógico-comparativo entre o fato social atual que a norma (mais precisamente texto normativo) tenta atingir e a realidade fático-jurídica” do momento de criação da norma, conforme sua idealização; o teleológico busca “a finalidade e o sentido da Lei”, ou seja, tem por objetivo encontrar o contexto circunstancial, em especial político, da gênese da Lei; e o sistemático conota-se por buscar a interpretação normativa pela sua relação com as demais normas, já que o ordenamento jurídico é percebido em uma perspectiva sistêmica, de unidade (SILVA, 2016, p. 150).

Müller (2009, p. 145) observa a negligência quanto ao princípio de interpretação gramatical, com desrespeito ao texto literal. Conclui que “a autolimitação programática aos meios de interpretação tradicionais é ilusória”, em face das questões problemáticas concernentes à prática. Para ele, partindo das decisões da Corte Federal Constitucional alemã, é inegável que a jurisprudência se concentra, em um primeiro momento, na “decisão justa do caso particular”, ignorando os métodos canônicos.

Não se há que confundir norma jurídica com enunciado normativo, pois aquela se constitui no caso concreto e, portanto, resta impossibilitada a mera subsunção do enunciado normativo aos fatos apresentados. Assim, “a norma jurídica não está nem pronta nem é simplesmente passível de ser aplicada”, pois seu teor se transforma no momento de aplicação do enunciado normativo às circunstâncias. A norma de decisão, então, é o “estado de agregação mais individualizado da norma jurídica, e não uma entidade autônoma situada ao lado dela” (MÜLLER, 2009, p. 148). As circunstâncias do caso concreto formam o âmbito normativo, com papel importante quando da interpretação do texto normativo, ou seja, é ele fator de concretização da norma. Nesse diapasão, fato e norma são

Hermenêutica, garantismo e presunção do estado de inocência...

inseparáveis, uma vez ser necessário, para obtenção da norma decisória, a observância do programa normativo, ou texto normativo, e do âmbito normativo (MÜLLER, 2009, p. 150).

A norma diferencia-se, na forma como se apresenta, de acordo com o âmbito normativo que se coloca além da “ideia normativa fundamental do programa normativo”. Ao tratar-se do direito constitucional, “os pontos de vista da concretização devem frequentemente ser deduzidos do texto normativo apenas numa pequena escala”. Referir-se a uma aplicação que exceda o texto normativo não implica em que aquela exceda a norma, pois a normatividade concreta desta só estará explícita no caso em particular. Nesse contexto, “o processo da metódica estruturante separa-se do puro pensar o problema” a partir do dado de que a norma, que deverá ser inicialmente construída, é mantida “como critério vinculante para a escolha dos *topoi*”. Apesar de a norma jurídica não ser tomada como algo dado (já que construída no caso concreto), as suposições são limitadas pelo texto normativo. Isso é imperativo do próprio Estado de Direito (MÜLLER, 2009, p. 197).

Apesar de considerar que o âmbito normativo pode realizar mudanças na interpretação do texto normativo, a estabelecer o programa da norma, não ignora Müller que há limites interpretativos que figuram no texto normativo. Isto posto, quanto à interpretação do inciso LVII do artigo 5º do texto constitucional brasileiro, o limite principal à atividade interpretativa é a ideia de que seja trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Isso marca o momento da figuração da culpa. Caso não observados os limites, estar-se-á a atentar contra o Estado de Direito.

3.3 O Consequencialismo segundo Klaus Mathis

O consequencialismo pauta-se na ideia de análise das consequências provindas das decisões judiciais, especialmente, mas não apenas, no que se refere à análise econômica do Direito. Mathis (2012, p. 3) expressa que, principalmente ao considerar-se a possibilidade de advir nova lei da aplicação legal ao caso concreto, ou seja, com a assunção de função legislativa pelas cortes judiciais em sua atividade judicante, podem elas considerar as consequências de suas decisões, e daí, optar pela melhor decisão.

A avaliação consequencialista na aplicação da lei pode ser realizada tomando-se por base as consequências legais ou reais. Aquelas são ligadas pelas previsões legais, pois só ocorrem a partir do estabelecimento de certas pré-condições, enquanto estas são as consequências observadas no momento da validade e aplicação de previsões legais. As consequências reais podem ser de micro nível e macro nível. As consequências reais de micro nível referem-se às partes afetadas de forma direta pelo julgamento, e as de macro nível relacionam-se a toda a sociedade, como a determinação do comportamento de seus integrantes a partir da decisão judicial e das regras que dela possam advir (MATHIS, 2012, p. 5).

É inegável que para Klaus Mathis a análise quanto às consequências advindas das decisões judiciais pode ser realizada durante o processo deliberativo, para tomada da decisão mais adequada pelo órgão judicial chamado a atuar sobre um determinado caso. Da mesma forma, uma das consequências em macro nível pode ser relacionada a parâmetros a serem observados por outras cortes judiciais quando a decisão é tomada por cortes superiores, entre as quais, o STF. Portanto, as decisões advindas das causas levadas ao STF têm consequências diretas sobre o entendimento de outros tribunais, apesar de seu caráter não vinculante.

Hermenêutica, garantismo e presunção do estado de inocência...

Quanto à impossibilidade de manter-se uma separação firme entre os argumentos legais e os de política legal no momento da aplicação da lei, Mathis (2012, p. 20) afirma que isso é decorrente do fato de que a aplicação da lei não se resume à aplicação de regras pré-existentes, mas frequentemente apresenta componente de criação legal.

No entanto, Mathis (2012, p, 20) ressalta que os aplicadores da lei, ao exercerem função similar a dos legisladores, se submetem à mesma responsabilidade pelas consequências que estes e, por isso, necessário recorrerem a relevantes avaliações de impactos. Aplica-se a questão tanto ao desenvolvimento judicial da lei quanto à interpretação das normas legais nos casos difíceis, principalmente quando se requer uma escolha entre duas interpretações contraditórias.

Uma análise dos casos a serem apresentados sob o enfoque consequencialista pode levar a entendimento em prol da prisão sob argumento do bem da sociedade, ou, ainda, contrário à prisão antes do trânsito em julgado, como prevenção à superlotação dos presídios. Indaga-se se cabe mesmo à atividade jurisdicional pautar-se por questões mais relacionadas a consequências de natureza político-social, ou se deve observar mais diretamente o texto legal.

4 EXPOSIÇÃO E ANÁLISE DAS DECISÕES DO STF A PARTIR DO CASO DO HC N. 126.292-SP

O caso ilustrativo inicial da relativização da presunção de inocência é o que se refere ao HC n. 126.292-SP, sob relatoria do Ministro Teori Zavascki, o qual é decorrente, por sua vez, do caso de um roubo qualificado imputado a Márcio Rodrigues Dantas, que teve

mandado de prisão expedido contra si no julgamento da apelação (STF, 2016a).

4.1 Exposição do caso do HC 126.292-SP

Na petição inicial do HC n. 126.292-SP, as advogadas de Márcio Rodrigues Dantas alegaram que, ademais de não possuir qualquer antecedente criminal, havia antes sido revogada a prisão preventiva do paciente, e este já estava há mais de quatro anos em liberdade, além de exercer normalmente atividade profissional. Acresceram que a primeira decisão, imputadora de pena ao réu, foi no sentido de garantir a ele possibilidade de recorrer em liberdade, e que após apelação perpetrada somente pela defesa, foi expedido mandado de prisão contra ele, caracterizando verdadeira execução provisória da pena (STF, 2016a).

Outro argumento utilizado pelas advogadas foi o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em sede do HC n. 312.273. Neste, segundo decisão monocrática da ministra relatora Maria Thereza de Assis Moura, em princípio, a execução provisória da pena de privação de liberdade é vedada, por ser contrária ao princípio da presunção de inocência. Alegaram, ainda, a ausência de requisitos para decisão pela custódia cautelar. Por isso, em sede liminar, requereram sobrestamento do mandado de prisão até o julgamento do HC, visando a liberdade do paciente até o trânsito em julgado da sentença condenatória (STF, 2016a).

Hermenêutica, garantismo e presunção do estado de inocência...

Ao fim, o HC do caso em análise foi denegado sob o argumento de que “a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação”, a despeito de ainda cabível a interposição de recurso especial ou extraordinário, não é contrária ao princípio da presunção de inocência, previsto no artigo 5º, LVII da CF (STF, 2016a).

O ministro Teori Zavascki expôs que o HC foi “impetrado contra decisão do Ministro Francisco Falcão”, então ocupante da presidência do STJ, que “indeferiu o pedido de liminar no HC 313.021/SP”. O paciente tinha sido condenado a reclusão de cinco anos e quatro meses, em regime inicial fechado, ao que a defesa apelou, conforme já relatado, ao Tribunal de Justiça de São Paulo. Este negou provimento ao recurso, com determinação de “expedição de mandado de prisão contra o paciente”. Por isso, foi interposto HC no STJ, mas o pedido liminar foi indeferido pelo ministro Francisco Falcão, o qual considerou inadequada a interposição de HC quando da possibilidade de manejo de recurso especial (STF, 2016a).

No HC em liça foi alegada, entre outros fatores, a inexistência de motivação para a decretação de prisão preventiva, além da imprescindibilidade, para a prisão do paciente, de trânsito em julgado da condenação. O ministro Teori Zavascki deferiu “o pedido de liminar para suspender a prisão preventiva decretada contra o paciente”. Essa liminar, quando levada a decisão ao plenário do STF, foi revogada, pois denegado o HC (STF, 2016a).

Ao manifestar-se nos autos, o então subprocurador-geral da República, Edson Oliveira de Almeida, entendeu no mesmo sentido do ministro e defendeu que ao negar o recurso de apelação interposto pelo réu e ter decretado a prisão preventiva, após a concessão inicial da possibilidade de o réu recorrer em liberdade, afrontava o princípio da proibição da *reformatio in pejus*, ou seja, de não ser permitido reformar a decisão em prejuízo do réu (STF, 2016a).

Hermenêutica, garantismo e presunção do estado de inocência...

Teori Zavascki fundamentou sua decisão no fato de que o entendimento do Tribunal de Justiça de São Paulo, “ao negar provimento ao recurso de apelação, determinou a imediata execução provisória da condenação”. Por não se tratar “de prisão cautelar, mas de execução provisória da pena”, havia confronto com a interpretação do STF prevista no julgamento do HC 84.078/MG, o qual expressa que se faz necessário que a sentença transite em julgado para a ocorrência de prisão proveniente de condenação (STF, 2016a).

Para resolução da questão, a partir da análise do mérito, Teori Zavascki alertou que a reflexão deve dar-se acerca do “alcance do princípio da presunção da inocência” em conjunção com o intuito de buscar-se equilibrar o princípio com “a efetividade da função jurisdicional penal, que deve atender a valores caros não apenas aos acusados, mas também à sociedade”, em face do sistema de justiça criminal brasileiro, caracterizado por sua complexidade e por ser intrincado. No entanto, tal entendimento foi proferido apesar de reconhecer que a orientação da jurisprudência do STF, mesmo já vigente a CF, era pela “possibilidade da execução provisória da pena privativa de liberdade”. Não havia, nesse cenário, impedimento “à prisão decorrente de acórdão” a confirmar “a sentença penal condenatória recorrível”, especialmente por não possuírem efeito suspensivo os recursos especial e extraordinário. O entendimento foi alterado no HC 84.078/MG, julgado em fevereiro de 2009. A partir do fato, a compreensão foi pela incompatibilidade entre o princípio constitucional em tela e “a execução da sentença antes do trânsito em julgado da condenação” (STF, 2016a).

Zavascki, então, tratou que a presunção do estado de inocência deve resguardar o acusado “antes de prolatada a sentença penal” e, em face de uma condenação, sobrevém juízo de culpabilidade, embora não definitivo, advindo “da logicidade extraída dos elementos de prova produzidos em regime de contraditório no curso da ação penal”. A responsabilidade penal do acusado, em razão da interposição de

Hermenêutica, garantismo e presunção do estado de inocência...

recurso a tribunal ordinário imediatamente superior em hierarquia, só se dará quando da decisão deste. Quando da apelação a esse tribunal, ocorre o último momento propício a exame acerca de “fatos e provas da causa, com a fixação, se for o caso, da responsabilidade penal do acusado”, com configuração do “duplo grau de jurisdição, destinado ao reexame de decisão judicial em sua inteireza, mediante ampla devolutividade da matéria deduzida na ação penal” (STF, 2016a).

A análise de fatos e provas, para o relator, só é possível “no âmbito das instâncias ordinárias”, exceto quando houver a possibilidade de revisão criminal, e os recursos de natureza extraordinária não são desdobramentos provenientes do segundo grau jurisdicional, pois não gozam de devolutividade ampla, não sendo possível debater-se, neles, matéria fático-probatória. O significado disso, segundo Zavascki, é que uma vez julgada a questão pelo tribunal de apelação, a consequência é uma “espécie de preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa”, restando tão-somente a abordagem quanto à matéria de direito. Assim, justifica-se “a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado”. A negação de concessão de “efeito suspensivo a recursos extraordinários”, segundo art. 637 do Código de Processo Penal (CPP) e art. 27, § 2º, da Lei n. 8.038/90, tira desses argumentos seu sentido (STF, 2016a).

Ademais, o relator expressou que os recursos de natureza extraordinária servem para preservar a higidez do sistema normativo, e não para tratar da presença ou ausência de justiça nas sentenças, o que restou mais claro a partir do advento da Emenda Constitucional n. 45/2004, ao estabelecer como requisito para interposição do recurso extraordinário “existência de repercussão geral da matéria a ser julgada”, sendo ônus do recorrente a demonstração da “relevância jurídica, política, social ou econômica da questão controvertida”. Votou, em face de todo o exposto, pela denegação da “ordem de habeas corpus, com a consequente revogação da liminar concedida”.

Hermenêutica, garantismo e presunção do estado de inocência...

Acompanharam seu voto os ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia (STF, 2016a).

A ministra Rosa Weber, em sentido oposto ao entendimento do relator, afirmou que sua linha era de manutenção da jurisprudência do STF, por resguardo ao princípio da segurança jurídica. Adotou, ainda, o entendimento do ministro Eros Grau ao votar no julgamento do HC n. 84.078 acerca da incompatibilidade entre o princípio da presunção de inocência, pelo qual não se há de falar em culpa e antecipação da execução de pena antes do trânsito em julgado da condenação. Foi acompanhada pelo ministro Gilmar Mendes, reconhecedor da possibilidade de “provimento do recurso especial ou do recurso extraordinário”, de modo a reformar o entendimento pela culpa antes proferido. Alegou, ainda, que o princípio da não culpabilidade visa evitar a execução de pena ainda não definitiva, por meio da inversão da ordem natural das coisas. O ministro Celso de Mello concordou, igualmente, com o posicionamento da ministra (STF, 2016a).

O ministro Ricardo Lewandowski foi no mesmo sentido do voto dissonante exposto por Rosa Weber e afirmou que o efeito suspensivo é imanente aos recursos extraordinários quanto à aplicação da pena pelo entendimento constitucional, e, pois, cabe ao dispositivo no art. 637 do CPP sofrer revisão à luz da CF. Aduziu também que o STF entendeu, no julgamento da ADPF 347 e do RE 592.581, “que o sistema penitenciário brasileiro se encontra num estado de coisas inconstitucional”. O ministro Lewandowski entendeu ser impossível abrandar a cláusula pétrea referente ao princípio da presunção de inocência (STF, 2016a). Ao invocar os julgamentos da ADPF 347 e do RE 592.581, o ministro observou que nestes há uma análise consequencialista em nível macro, ou seja, relacionada às consequências de tal interpretação para a sociedade, preocupada com as condições precárias observadas no sistema penitenciário nacional. Assim, não se deveria encorajar a prisão após decisão do segundo grau de jurisdição.

Hermenêutica, garantismo e presunção do estado de inocência...

Enfim, por maioria, o STF, constituído em Plenário, votou pela denegação do HC. Prevaleceu o entendimento do relator, ministro Teori Zavascki, para quem o princípio da presunção de inocência não demanda que se aguarde o esgotamento de todos os recursos cabíveis, mas somente daqueles que podem tratar de matéria fático-probatória. Entretanto, é de se saber que o provimento dos recursos de natureza extraordinária tem por consequência evitar a condenação ou a prisão do recorrente.

4.2 O ARE 964.246 – SP e o HC 152.752-PR

No caso do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) nº 964.246-SP, cujo relator foi, mais uma vez, o Ministro Teori Zavascki, o STF, por unanimidade, reputou a questão como de natureza constitucional, motivo que conduziu ao entendimento pela repercussão geral da questão suscitada. Quanto ao mérito, entretanto, foram vencidos os votos dos ministros: Celso de Mello; Dias Toffoli, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski. Rosa Weber não se manifestou (STF, 2016b, p. 1).

O Ministro Zavascki, recorrendo às razões que já expusera no HC 126.292/SP, dispôs que a presunção de inocência é garantia que detém sentido dinâmico do ponto de vista processual, ou seja, sua “intensidade deve ser avaliada segundo o âmbito de impugnação próprio a cada etapa recursal”. Deve-se, assim, levar em consideração as características cabíveis aos Tribunais Superiores no que toca à formação da culpa: sua impossibilidade de revisão do conjunto fático-probatório, e “a possibilidade da tutela de constrangimentos ilegais por outros meios processuais mais eficazes, nomeadamente por

Hermenêutica, garantismo e presunção do estado de inocência...

habeas corpus”. Concluiu que a dignidade na defesa pelos acusados deve ser considerada e interpretada “a partir das expectativas mínimas de justiça depositadas no sistema de justiça criminal do país” (STF, 2016b, p. 5-6).

O Ministro Zavascki afirmou que o argumento, levantado em sede da ADPF 347, “da existência de um estado de coisas inconstitucional na estrutura carcerária brasileira”, não deve prevalecer para fundamentar a falta de prisão em condenação em segunda instância. Esse argumento, para Zavascki, não deve levar à consideração de as prisões serem sempre injustas e que, por conseguinte, conduzem às reformas necessárias quando da interposição de recurso especial ou extraordinário. Deve-se levar em consideração, para o relator, as alternativas, quando da observância de condições inapropriadas na execução da pena privativa de liberdade, segundo disposto na Súmula Vinculante 56, a qual permite que, no caso de inexistência de estabelecimento penal inadequado, não se autoriza que se mantenha o “condenado em regime prisional mais gravoso”, mas, ao magistrado, se observam alternativas quando do déficit de vagas no sistema prisional, quais sejam: prisão domiciliar do condenado, ou “concessão de liberação eletronicamente monitorada” (STF, 2016b, p. 31-32).

Já o Ministro Luís Roberto Barroso expressou que a prisão após a decisão condenatória de segundo grau, mesmo antes do trânsito em julgado, é justificada pela conjunção de três fundamentos jurídicos, quais sejam (STF, 2016b, p. 41-42):

i) A CF não condiciona a prisão ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, mas condiciona a culpabilidade a esse requisito do trânsito em julgado. Assim, o pressuposto que deve estar cumprido, para que ocorra a privação de liberdade, é a existência de ordem escrita e fundamentada da competente autoridade judiciária, ou seja, não se trata de sua irrecorribilidade. Esse entendimento decorre dos incisos LVII e LXI do artigo 5º da CF;

Hermenêutica, garantismo e presunção do estado de inocência...

ii) Como a presunção de inocência não é regra, mas princípio, pode ter sua intensidade regulada, ou seja, ser aplicada mediante intensidade maior ou menor, quando ocorre sua ponderação “com outros princípios ou bens jurídicos constitucionais colidentes”. Quando se trata de condenação em segunda instância, resta demonstrada seguramente a responsabilidade penal do réu, estando findada a fase de análise fático-probatória. A partir desse momento, o peso do princípio da presunção de inocência é minorado enquanto “ponderado com o interesse constitucional na efetividade da lei penal para a proteção dos bens jurídicos tutelados pelo direito penal, como a vida, a segurança e a integridade física e moral das pessoas”, segundo se depreende do disposto no artigo 5º, *caput* e inciso LXXVIII, e do artigo 144, ambos da CF;

iii) A partir do acórdão penal condenatório em grau de apelação, não se há de falar em outras instâncias ordinárias subsistentes, e, assim, a execução da pena passa a ser, de forma geral, “exigência da ordem pública, necessária para assegurar a credibilidade do Poder Judiciário e do sistema penal. A mesma lógica se aplica ao julgamento por órgão colegiado nos casos de foro por prerrogativa”.

Após esses argumentos, o Ministro Barroso afirmou que o entendimento que passou a vigor a partir de fevereiro de 2009, com o HC 84.078, mediante o qual não se podia recorrer à execução provisória da pena, teve três consequências danosas em relação ao sistema de justiça criminal: incentivo à interposição interminável de recursos protelatórios, a ocuparem o Poder Judiciário, com consideráveis dispêndios de tempo e recursos; o reforço na “seletividade do sistema penal”, pois a possibilidade ampla de recorrer-se em liberdade era benéfica sobretudo aos réus com mais posses, enquanto aos mais pobres não se concebe condição favorável na contratação de advogados melhores no patrocínio de sua defesa, e o agravamento do “descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade”. Esse último efeito, por sua vez, tem relação com o fato de

Hermenêutica, garantismo e presunção do estado de inocência...

que a espera pelo trânsito em julgado para ocorrência da execução penal ocasionava, não raramente, a “prescrição da pretensão punitiva ou o enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição definitiva”, o que resulta em sensação de impunidade, sendo negativa à satisfação dos “objetivos da pena, de prevenção especial e geral” (STF, 2016b, p. 44).

Já no caso do HC 125.752/PR, perpetrado pela defesa do ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva, o entendimento manteve-se o mesmo do observado nos outros dois casos. Entretanto, interessa observar os argumentos proferidos pela Procuradora Geral da República (PGR), a qual, em seu parecer técnico, afirmou a necessidade de compatibilização entre a CF e o disposto no artigo 283 do CPP, ao invés de este dispositivo condicionar a interpretação constitucional. Segundo esse entendimento, a presunção de inocência não é condicionada pelo trânsito em julgado da condenação (STF, 2018). O *caput* do artigo 283 do CPP, trazido pela PGR, estabelece que “ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou”, ao longo do procedimento investigativo ou processual, quando da incidência de prisão temporária ou preventiva (BRASIL, 1941).

Em seus argumentos, a PGR afirmou que a jurisprudência do STF teve seu entendimento alterado a partir da decisão do HC 126.292-SP, ao estabelecer a constitucionalidade da execução da pena quando findado o duplo grau de jurisdição, ainda que haja a possibilidade de Recurso Extraordinário ou Recurso Especial, e que esta decisão foi reafirmada em outubro de 2016, quando do julgamento de medidas cautelares no âmbito das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43 e 44. Após, houve, em dezembro de 2016, julgamento do ARE n. 964.246-SP, ao qual foi reconhecida repercussão geral e, pois, efeito cogente, restando consolidado o novo entendimento do STF (STF, 2018).

Hermenêutica, garantismo e presunção do estado de inocência...

Entende a PGR que a execução provisória de pena é constitucional e se compatibiliza com a presunção de inocência, desde que sejam observados alguns requisitos, quais sejam: a condenação observe “o duplo grau de jurisdição, o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal”. Afirma, ademais, que a vedação da execução provisória da pena, observada no artigo 283 do CPP, não é compatível com a CF (STF, 2018).

Um argumento lançado pela PGR contra a alteração do precedente do STF é que a preservação dos precedentes tem o escopo de manter a estabilidade, a unidade e a previsibilidade do sistema jurídico. Nesse contexto, mudanças nos precedentes devem ser supervenientes à ponderação sobre se os benefícios advindos da revogação do precedente são superiores aos custos ocasionados à estabilidade, à unidade e à previsibilidade elencadas. Em último caso, trata-se de assegurar a segurança jurídica (STF, 2018). Esse entendimento está previsto no *caput* do artigo 926 do novo Código de Processo Civil, segundo o qual “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente” (BRASIL, 2015).

Além de alegar que os fundamentos do precedente em questão são socialmente congruentes e coerentes com o disposto na CF e com o princípio da presunção de inocência, a PGR dispõe que revogar o precedente representaria retrocesso triplo, nos seguintes termos: para o sistema de precedentes, o qual quedaria frustrado em sua estabilidade e seriedade, caso revogado em período inferior a um ano de sua publicação; em face da persecução penal nacional, que tornaria a mostrar baixa efetividade, caracterizada pelos vários recursos protelatórios, pela prescrição de penas e longos processos, e quanto à confiança e credibilidade para com a Justiça, voltando-se à sensação de impunidade (STF, 2018).

Esposado o entendimento atual do STF sobre a possibilidade de execução provisória da pena de prisão após a condenação do réu reafirmada em sede recursal ordinária, sob a interpretação de que isso

não fere o princípio da presunção de inocência, garantindo-se, ademais, a efetividade do sistema judiciário penal nacional, deve-se proceder à sua análise.

4.3 Análise do entendimento atual do STF

As decisões do STF pela possibilidade de execução antecipada da pena privativa de liberdade na pendência da análise de recursos de natureza extraordinária eventualmente interpostos, trazem à baila os seguintes pontos: i) a conceituação de trânsito em julgado de sentença penal condenatória; ii) a interpretação dada ao princípio constitucional da presunção do estado de inocência; iii) e a interpretação a ser dada aos direitos e garantias fundamentais.

Primeiramente, é mister que se ratifique que os direitos fundamentais exercem papel de centralidade no ordenamento constitucional brasileiro hodierno, em especial a partir das ideias neoconstitucionalistas. Deve-se, de modo a interpretá-los diante do caso concreto, recorrer-se aos dispositivos hermenêuticos e interpretativos.

É necessário lembrar que a depender do caso e de suas circunstâncias, que conformam o âmbito normativo, pode o texto normativo (programa normativo) ser interpretado, de maneira geral, das mais diversas formas. Isto está em conformidade com as próprias ideias de Müller (2009, p. 150), em sua Teoria Estruturante da Norma.

Quanto aos limites interpretativos a serem observados na tarefa de consecução da norma do caso concreto, importante que se trate do

Hermenêutica, garantismo e presunção do estado de inocência...

tema da mutação constitucional, a qual, por sua vez, é definida como a interpretação conferida ao texto normativo a resultar em modificação em sua interpretação e seu sentido (CLÈVE; LORENZETTO, 2015, p. 139).

É de salientar-se que as referidas mutações constitucionais, tal como a incidente sobre a presunção do estado de inocência pelo STF, são limitadas pelos direitos asseguradores de garantias individuais diante de atos estatais abusivos e, pois, limites são colocados já pelo próprio programa normativo do texto bem como pela necessidade de manutenção da proteção dos direitos fundamentais. Isto posto, necessário que se afigure a estabilidade, o que não se confunde com imutabilidade, para observância da segurança jurídica (CLÈVE; LORENZETTO, 2015, p. 137), tomada em dimensão subjetiva ou objetiva. Naquela, condiz com a proteção e confiança de que os atos estatais respeitem o que está posto, enquanto nesta, há referência à certeza e previsibilidade (CLÈVE; LORENZETTO, 2015, p. 142).

Nos casos em análise, o próprio STF tinha posicionamento favorável à execução antecipada da pena, de 1988 a 2009, que depois foi modificada pelo HC n. 84.078, julgado em fevereiro de 2009, segundo o qual esse tipo de execução não encontra guarida, uma vez que só após o último recurso processual cabível poderia ocorrer a execução penal, permanecendo essa compreensão até 2016. Mais uma vez, por mutação constitucional, há possibilidade de antecipação da execução da pena pelo HC n. 126.292. Fere-se, nesse contexto, a segurança jurídica, não havendo previsibilidade ou certeza, pelas várias mudanças interpretativas em parco lapso temporal, sobre o verdadeiro limite do direito fundamental em discussão.

É de salientar-se que, se observadas as ideias da influência da tradição, segundo Gadamer, pode-se chegar à conclusão de que deve prevalecer a compreensão da possibilidade de execução da pena de prisão após confirmação da condenação em instância recursal ordinária, pois esta interpretação prevaleceu entre 1988 e 2009,

Hermenêutica, garantismo e presunção do estado de inocência...

voltando à tona em 2016. Portanto, desde o período do advento da CF até os dias atuais, por cerca de 22 anos foi prevalecente a interpretação ora esposada, enquanto a presunção de inocência foi interpretada em sentido mais amplo por somente 7 anos, durante os quais não se mostrou permissiva da execução da pena antes do trânsito em julgado do último recurso disponível.

Depreende-se, por outro lado, que os direitos fundamentais necessitam ser assegurados, bem como perquirida a segurança jurídica, a qual está elencada entre os direitos e garantias fundamentais no *caput* do artigo 5º da CF. O programa normativo acaba por assegurar o sentido mínimo do direito nele configurado e, no caso da presunção do estado de inocência, é de presumir-se inocente aquele a quem é imputado um delito até o trânsito em julgado da sentença, ou seja, até que a sentença não possa mais ser modificada por qualquer recurso processual penal.

Ainda que se busque afirmar que o artigo 283 do CPP, quando interpretado à luz do artigo 5º, LVII, da CF, conduz à conclusão de possibilidade da execução provisória da pena, há de se observar que o dispositivo constitucional menciona que não se deve imputar alguém como culpado antes do termo do trânsito em julgado de sentença condenatória penal. Isso é um limite, baseando nas ideias de Friedrich Müller, imposto à construção da norma do caso concreto.

Chega-se ao mesmo efeito pela ideia de Gadamer (PALMER, 1999, p. 169), segundo a qual, na compreensão de um objeto, o sujeito cognoscente deve estar disposto a perceber as questões e manifestações provenientes do próprio objeto a ser compreendido. Afinal, a despeito dos argumentos contrários já expostos quando da apresentação dos casos levados ao STF, se alguém não pode ser considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença, com igual razão não pode ser punido, pois para que se dê a sanção, requer-se a constatação de sua culpa. Isso deve ser considerado no contexto, apesar do argumento de impossibilidade de análise fático-probatória

Hermenêutica, garantismo e presunção do estado de inocência...

pelos recursos especial e extraordinário, pois a interpretação dada a um direito ou garantia fundamental deve resguardar, como já exposto, sua otimização, o que também decorre das ideias do garantismo.

Quanto à presunção de inocência, o princípio estabelece-se a partir de uma evidente “opção garantista a favor da tutela da imunidade – e não impunidade – dos inocentes, ainda que para isso tenha que se pagar o preço da impunidade de algum culpável” (MORON; SANTIAGO, 2017, p. 123-124). Ainda que se disponha de argumentos concernentes a valores benéficos à sociedade, como a efetividade da jurisdição penal e da pena imputada diante de um ilícito, a tese garantista de Ferrajoli não permite que se excepcione direito fundamental individual (LIMA; SOTTO-MAYOR, 2015, p. 19-20). Assim, o maior grau de efetividade do princípio da presunção de inocência deve condizer com a proibição de execução provisória da pena, principalmente quando esta for restritiva de liberdade, antes que se esgotem todos os recursos que possam ter por consequência a liberdade de quem é julgado, mesmo que ela não provenha de análise fática, mas de questões meramente meritórias ou processuais.

Por uma análise pautada no consequencialismo, surge preocupação quanto à interpretação menos abrangente de um direito fundamental, tal como o direito a ser considerado culpado somente quando houver sentença penal condenatória transitada em julgado, de modo a estender-se ao macro nível, quando se percebe que os direitos e garantias fundamentais, por ocuparem papel de centralidade na ordem constitucional e em todo o ordenamento jurídico, são socialmente muito relevantes. Por outro lado, pode-se considerar que, com a letargia dos processos criminais, a possibilidade de se recorrer às instâncias superiores como estratégia para evitar a execução da pena pode trazer danos sociais relacionados aos sentimentos de impunidade e insegurança.

Ao serem utilizados os cânones interpretativos, o cânone gramatical demanda que se respeite o significado literal das palavras e

Hermenêutica, garantismo e presunção do estado de inocência...

expressões. O conceito de *trânsito em julgado de sentença penal condenatória* é visto como *a sentença penal condenatória da qual não cabe mais qualquer recurso que a possa modificar*, que, inclusive, encontra-se cristalizado no § 3º do art. 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei n. 4.657/1942, modificado pela Lei n. 12.376/2010) e cujo sentido pode decorrer do Código de Processo Civil, como visto. Embora os recursos de natureza extraordinária não possam abordar o contexto fático-normativo, podem evitar o cumprimento da pena, ou seja, o resultado. Dessa forma, não se deve considerar a possibilidade de execução da pena de maneira antecipada, sem que o último recurso tenha sido julgado. A letargia processual e os numerosos recursos processuais disponíveis não são argumentos suficientes para prejudicar o réu, que não pode ter seus direitos feridos em decorrência de qualquer falha legislativa ou prestação inadequada de serviços estatais, em obediência mesmo ao princípio do *in dubio pro reo*.

Pelo método histórico-indutivo, percebe-se o papel de prevalência dos princípios e de salvaguarda aos direitos e garantias fundamentais estabelecidos na CF, de modo que a eles deve ser dada interpretação que melhor lhes assegure o conteúdo, devendo, assim, prevalecer a interpretação mais extensa e garantidora da presunção do estado de inocência. Já pelo método sistemático, observa-se que o direito à presunção do estado de inocência está inserido em contexto que veda a deliberação de qualquer emenda constitucional que tenda “a abolir os direitos e garantias fundamentais” (art. 60, § 4º, inc. IV, CF), além de prever a aplicação imediata das “normas definidoras de direitos e garantias fundamentais” (art. 5º, § 1º, CF). Dada a importância dos direitos e garantias fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro, não se deve relativizar qualquer deles, tal como ocorre com a presunção de inocência.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presunção do estado de inocência, por estar no rol dos direitos e garantias fundamentais, demanda interpretação que melhor lhe assegure; de outro lado, fazendo-lhe contraponto, há o argumento da necessidade da prestação jurisdicional eficaz. Resta claro, ademais, que embora os recursos especial e extraordinário não possam abordar questões fático-probatórias, a procedência deles pode reformar a sentença condenatória, salvaguardando o acusado de uma punição, seja em razão de questões materiais ou processuais, como o reconhecimento de uma irregularidade grave no processo que leve à imposição de uma sanção de nulidade.

Não se pode considerar interpretação plausível diferente da que percebe que o princípio de presunção de inocência se estende até o último recurso cabível, ainda que não se possa discutir matéria fático-probatória. Sob a perspectiva da Hermenêutica Filosófica de Hans-Georg Gadamer, com a interpretação vinculada às questões inerentes ao objeto observado, ou ainda sob a perspectiva de Friedrich Müller de ser necessário que se observem os limites interpretativos do texto normativo ainda que a norma seja constituída no caso concreto, não se deve relativizar o princípio da presunção de inocência tal como procedeu o STF no julgamento do HC n. 126.292-SP, repetindo esse entendimento em outras circunstâncias.

Ainda em desacordo com a possibilidade de execução antecipada da pena condenatória, uma análise consequencialista pode ser realizada. Em relação às consequências reais em micro nível, o direito fundamental de julgar-se pela não culpabilidade antes do

Hermenêutica, garantismo e presunção do estado de inocência...

trânsito em julgado de sentença penal condenatória restaria ferido quando da execução antecipada da pena e, junto a ele, o direito à liberdade percebido sob o mais amplo espectro; em macro nível, as consequências reais são mais danosas que benéficas, afinal o ferimento a um direito fundamental, e, pois, ao núcleo mais relevante da Constituição Federal, apresenta-se socialmente mais grave do que o sentimento de impunidade e de falta de prestação jurisdicional. Ademais, não cabe a utilização, pelo STF, de argumentos essencialmente políticos. No mesmo sentido, o garantismo impõe que se deva interpretar um direito fundamental de maneira a conceder-lhe máxima efetividade.

Por conseguinte, a interpretação deve permitir que a presunção do estado de inocência seja garantida de forma ampla e, nesse diapasão, não se há de falar em trânsito em julgado de sentença antes de observada a possibilidade do último recurso cabível.

Data de Submissão: 11/05/2018

Data de Aprovação: 06/04/2019

Processo de Avaliação: *double blind peer review*

Editor Geral: Jailton Macena de Araújo

Editor de Área: Gustavo Barbosa De Mesquita Batista

REFERÊNCIAS

BRASIL. Código de Processo Civil (2015). **Lei nº 13.105/2015**, Brasília, DF, Senado, 2015.

BRASIL. Código de Processo Penal (1941). **Decreto-Lei nº 3.689/1941**, Brasília, DF, Senado, 1941

Hermenêutica, garantismo e presunção do estado de inocência...

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

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Habeas Corpus nº 126.292 São Paulo**. Relator: Ministro Teori Zavascki, 17 fev. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 12 abr. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Habeas Corpus nº 152.752 Paraná**. Relator: Ministro Edson Fachin, 05 abr. 2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5346092>>. Acesso em: 07 maio 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Recurso Extraordinário com Agravo 964.246 São Paulo**. Relator: Ministro Teori Zavascki, 10 nov. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12095503>>. Acesso em: 07 maio 2018.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; GRUBBA, Leilane Serratine. O embasamento dos Direitos Humanos e sua relação com os Direitos Fundamentais a partir do diálogo garantista com a teoria da reinvenção dos Direitos Humanos. **Direito GV**, São Paulo, jul./dez. 2012. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v8n2/v8n2a13>>. Acesso em: 15 jul. 2017.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Mutação constitucional e segurança jurídica: entre mudança e permanência. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, São Leopoldo, v. 7, n. 2, p. 136-146, maio/ago. 2015. Disponível em: <<http://www.revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2015.72.04/4721>>. Acesso em: 15 jul. 2017.

DELGADO, José Augusto. A evolução conceitual dos direitos fundamentais e a democracia. **Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva**, Brasília, v.12, n.2, p. 161-196, jul./dez. 2000. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/informativo/article/view/365/327>>. Acesso em: 20 abr. 2017.

FERRAJOLI, Luigi. Sobre los derechos fundamentales. **Cuestiones constitucionales**, Distrito Federal, n.15, jul./dez. 2006, p. 113-136. Tradução de Miguel Carbonell. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/pdf/885/88501505.pdf>>. Acesso em: 29 jul. 2017.

Hermenêutica, garantismo e presunção do estado de inocência...

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica, v.1. 6. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2004.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

IPPOLITO, Dario. O garantismo de Luigi Ferrajoli. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, São Leopoldo, v. 3, n. 1, p. 34-41, jan./jun. 2011. Disponível em: <<http://www.revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/733/1757>>. Acesso em: 15 jul. 2017.

LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros; SOTTO-MAYOR, Lorena Carla Vasconcelos. Análise pragmática das decisões judiciais finais do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas em *Habeas Corpus*: opções metodológicas e tratamento conferido ao material de pesquisa. **Prim@ Facie**, v. 14, n. 27, p. 1-31, 2015. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/primafacie/article/view/20080/15425>>. Acesso em: 21 mar. 2019.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. **Os Direitos Fundamentais como limites ao poder de legislar**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

MATHIS, Klaus. Consequentialism in Law. In: **Efficiency, Sustainability, and Justice to Future Generations**. Springer Netherlands, 2012. p. 3-29.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MORON, Eduardo Daniel Lazarte; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. Ativismo judicial, presunção do estado de inocência e execução provisória da pena: análise das decisões do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus n. 126.292/SP e nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43 e n. 44. **Direito e Justiça**: reflexões sociojurídicas, v. 17, n. 29, p. 121-137, 2017. Disponível em: <http://srvapp2s.urisan.tche.br/seer/index.php/direito_e_justica/article/view/2227/1072>. Acesso em: 18 mar. 2019.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do Direito**. 2.ed. Tradução de Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Eduardo Alvares de; VACCARO, Stefania Becattini. Neoconstitucionalismo e estado democrático de direito. **Ius Gentium**, Curitiba, v. 9, n. 1, p. 189-210, jan./abr. 2018. Disponível em:

Hermenêutica, garantismo e presunção do estado de inocência...

<<https://www.uninter.com/iusgentium/index.php/iusgentium/articled/view/370/294>>. Acesso em: 17 mar. 2019.

PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Lisboa: Edições 70, 1999.

SABOIA, Jéssica Ramos; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. Garantismo e ativismo judicial: uma análise da presunção do estado de inocência e da sua relativização pelo STF. **Direitos Fundamentais e Democracia**, v. 23, n. 2, p. 53-74, maio/ago.2018. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/articled/view/1121/544>>. Acesso em: 17 mar. 2019.

SILVA, Roberto Carlos Rocha da. O mundo do ser o mundo do dever-ser: diferenciação entre texto e norma sob o enfoque da nova hermenêutica constitucional. In: DINIZ, Juliana (coord.), MATOS, Rômulo Richard Sales; MELO, Silvana Paula Martins de (org). **Democracia e Jurisdição constitucional**: estudos de interpretação da constituição. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 147-164.

STRECK, Lenio Luiz. Contra o neoconstitucionalismo. **Constituição, economia e desenvolvimento**: revista eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Curitiba, n.4, p. 9-27, jan./jun.2011. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista5/revista_final4.pdf#page=8>. Acesso em: 15 jul. 2017.

Hermeneutic, guaranteeism and relativized presumption of the status of innocence: the positioning of Brazilian Supreme Court from Habeas Corpus n. 126.292-SP on

Humberto Cardoso Pinto

Eduardo Rocha Dias

Nestor Eduardo Araruna Santiago

Abstract: The presumption of innocence is described in article 5th, number LVII, in Brazil's Federal Constitution, among fundamental rights and guarantees, with a relevant role in Brazilian constitutional order. According to the textual meaning of the provision, only when a penal sentence is definitive it is possible to consider someone guilty. Nevertheless, Brazilian Supreme Court, when deciding Habeas Corpus n. 126.292-SP, understood, by majority, that upon conclusion of trial by an appellate court, of immediate higher hierarchy from the judicial court that uttered the condemnatory criminal sentence, the execution of the penalty may be initiated, because in judicial appeals of extraordinary nature there are not discussions of facts, only law discussions. The problem to be answered is whether the constitutional rule over the presumption of the status of innocence allows the provisional execution of penalty even on the possibility of judgement of judicial appeals of extraordinary nature. The main objective is to answer which interpretation should prevail over the limit of maintenance of principle of presumption of innocence status. The research is bibliographical because it is based upon books, scientific articles and decisions from the Supreme Court upon the mentioned habeas corpus and provisions of Brazilian Federal Constitution of 1988. Based on its objectives, it is an exploratory research, as it seeks the improvement of the discussion about presumption of innocence by analyzing the mentioned habeas corpus.

Keywords: Presumption of the status of innocence. Definitive Judgement. Hermeneutic. Guaranteeism. Brazilian Supreme Court.

Os Direitos Sociais e os Obstáculos à Efetivação do Princípio da Proteção ao Hipossuficiente no Acesso à Jurisdição Trabalhista após a Publicação da Lei nº 13.467/2017

Aline Ferreira Montenegro

Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Centro Universitário UNIBRASIL. E-mail: aferreiramontenegro@gmail.com

Miriam Olivia Knopik Ferraz

Doutoranda em Direito pela PUCPR. E-mail: m.okf@hotmail.com

Marco Antônio César Villatore

Pós-Doutor pela Università degli Studi di Roma II, Doutor em Diritto del Lavoro, Sindacale e della Previdenza Sociale - Università degli Studi di Roma. Professor Adjunto III da Universidade Federal de Santa Catarina. E-mail: prof.villatore@gmail.com

Resumo: O presente trabalho tem como campo de estudo a temática das mudanças legislativas no âmbito do direito do trabalho. O objetivo é demonstrar a construção histórico-normativa dos direitos sociais do/ao trabalho, com o enfoque na proteção do trabalhador hipossuficiente. O segundo enfoque advém da construção realizada anteriormente para demonstrar a consequência lógica da construção do instituto do acesso à justiça. Posteriormente demonstra-se as alterações e possíveis andamentos para o instituto diante da realidade da Lei nº 13.467/2017, intitulado reforma trabalhista. Os métodos utilizados permeiam sobre a análise bibliográfica e comparativa sobre as mudanças e quebras de paradigmas tão caros ao entendimento primário do direito ao/do trabalho. Conclui-se que as alterações realizadas pela reforma trabalhista caminham em contramão as tendências juslaboralistas e, além da sua possível inconstitucionalidade, a sua aplicação deve ser vista com muita cautela, sempre observando se há a real necessidade da aplicação desses institutos.

Palavras-chave: Reforma trabalhista. Acesso à Justiça. Retrocesso Social.



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA

João Pessoa, Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas

Os Direitos Sociais e os Obstáculos à Efetivação do Princípio da Proteção ao Hipossuficiente no Acesso à Jurisdição Trabalhista após a Publicação da Lei nº 13.467/2017

Aline Ferreira Montenegro

Miriam Olivia Knopik Ferraz

Marco Antônio César Villatore

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo é uma ponderação sobre o momento histórico em que se vive, seus impactos nas relações de trabalho e sua contextualização. Assim, busca-se estudar a garantia de proteção e promoção progressiva dos direitos fundamentais, voltado ao Direito Social e ao Direito Trabalhista. Desta forma, a pesquisa demonstra o quão imprescindível se faz salvaguardar a força normativa da Constituição de 1988, juntamente com os Tratados Internacionais de Proteção aos Direitos humanos.

Sob este viés se faz necessário abordar a flexibilização de garantias sob o argumento da criação de supostos novos postos de trabalhos, sem contudo, garantir a estes trabalhadores os direitos mínimos fundamentais para uma vida digna.

Desta forma, o presente trabalho coloca em discussão a proteção ao Direito do Trabalho e o retrocesso social sob o enfoque do

Os Direitos Sociais e os Obstáculos à Efetivação do Princípio da...

trabalhador hipossuficiente pós Reforma Trabalhista. Os tópicos abordados nesse trabalho transpassam a proteção ao Direito do Trabalho e o Direito Social, como construção histórico-legislativa de proteção ao hipossuficiente. Em um segundo momento adentra-se efetivamente na proibição ao retrocesso social e na construção e importância do instituto do acesso à jurisdição do trabalhador hipossuficiente. Por fim elenca-se os novos paradigmas e possíveis entendimentos de conceituação de “trabalhador hipossuficiente” e as restrições em vários âmbitos ao acesso à justiça impostas pela reforma trabalhista, Lei nº 13.467/2017.

Compreender a construção histórico-legislativa dos Direitos Sociais, em especial ao Direito do Trabalho, é entender o porquê de construções rígidas e institutos como a proibição do retrocesso social. O arcabouço protetivo constitucional construiu e formou um direito do trabalho voltado à proteção do hipossuficiente, sequência lógica que foi quebrada pela reforma trabalhista, que trouxe a possibilidade de flexibilização aos institutos tão caros ao Direito do Trabalho: o acesso à justiça e a gratuidade.

2 PROTEÇÃO AO DIREITO DO TRABALHO E OS DIREITOS SOCIAIS

Em sua origem etimológica, o termo trabalho é originário do latim *tripalium*, que significa instrumento de tortura para empalar escravos rebeldes, o qual, por sua vez, deriva de *palus* que advém de estaca, poste onde se empalam os condenados (LAFARGUE, 2000, p. 12). O trabalho conserva desde sua origem uma conotação pejorativa, uma vez que trabalho era atividade de escravos e pobres. O trabalho, sob diversas análises, foi tido como algo depreciativo, como uma degradação do ser humano

Os Direitos Sociais e os Obstáculos à Efetivação do Princípio da...

[...] menosprezando sua relevância para o ser social e para o desenvolvimento da subjetividade, ou mesmo, a reivindicação conformista de uma garantia de subsistência para todos, independentemente de qualquer realização autônoma do humano como ser produtivo, que se autorrealizada pelo trabalho, como se este fosse apenas um meio para a obtenção de víveres (WANDELLI, 2012, p. 25).

Nesse sentido, por um longo período era compreendido como ‘desrealizador do humano’.

A concepção do trabalho moderno, como nós o conhecemos, é produto do capitalismo deflagrado com a Revolução Industrial, ocorrida no século XVIII, na Inglaterra, a qual conferiu medida de civilidade e eliminou as formas mais perversas da utilização da força de trabalho pela economia (DELGADO, 2010, p. 78). Neste sentido Norberto Bobbio esclarece:

O direito ao trabalho nasceu com a Revolução Industrial e é estritamente ligado à sua consecução. Quanto a esse direito, não basta fundamentá-lo ou proclamá-lo. Nem tampouco basta protegê-lo. O problema da sua realização não é nem filosófico nem moral. Mas tampouco é um problema jurídico. É um problema cuja solução depende de um certo desenvolvimento da sociedade e, como tal, desafia até mesmo a Constituição mais evoluída e põe em crise até mesmo o mais perfeito mecanismo de garantia jurídica (BOBBIO, 1992, p. 45).

Como ressalta Bobbio, mais importante do que proclamar o Direito do Trabalho é trabalhar para a sua efetivação e, para tanto, o envolvimento da sociedade como um todo é fundamental. No panorama social brasileiro a centralidade do direito do trabalho é fundamental para a dignidade da pessoa humana, na medida em que o trabalho é um prolongamento da própria personalidade do ser humano. Participar da produção e receber a remuneração devida torna o ser humano confiante de que esse direito fundamental existe e funciona no sentido de protegê-lo.

Assim, a evolução do conceito de trabalho, além de reconhecer a realização do humano, faz com que este se torne digno e respeitado, podendo até mesmo elaborar projetos de vida.

Os Direitos Sociais e os Obstáculos à Efetivação do Princípio da...

David Sánchez Rubio assevera que:

[...] se a satisfação das necessidades, torna a vida possível, a satisfação das preferências, torna-a agradável. Mas, para poder ser agradável, antes tem de ser possível. [...] Segundo a posição e o acesso que meio se tenham, com relação aos meios de produção, os projetos de vida serão maiores ou menores (SÁNCHEZ RUBIO, 2004, p. 149).

Desta forma o moderno Direito do Trabalho é fruto da Revolução Industrial que trouxe consigo a exploração desumana do trabalho. Este referido ramo do direito se apresentou como consequência da reação entre as lutas de classe.⁵

A Revolução Industrial trouxe consigo, além da diferenciação de classes, a alienação do trabalho juntamente com uma visão do trabalhador como um simples valor de uso; o ato de receber o dinheiro pelo seu trabalho seria para consumir produtos, formando um ciclo no qual a classe capitalista continuaria a produzi-los, para que novamente o trabalhador vendesse a sua força e continuasse a consumir, propagando este ciclo.

Sobre o tema, acrescenta Dussel:

Eticamente falando, esta alienação do trabalho, esta negação de sua alteridade, sua exterioridade, que têm degradado a 'cara a cara', por construir o outro como mediação, instrumento, subsumindo-o como um mero "valor de uso" fundado no ser do capital, é o mal originário, a perversidade ética por excelência da realidade capitalista, e, portanto, sua moral (como moral vigente da burguesia e introjetada no trabalhador, que aceita o capital como um dado natural, como riqueza acumulada pelo trabalho e justiça, e de onde a ganância, um direito próprio do capitalista pela propriedade dos bens que seu trabalho originário produziu).

O homem, na pessoa do trabalhador - como um animal ou uma máquina - é tratado como coisa comparada a sua "capacidade viva de trabalho como existência meramente subjetiva" (425,2-3; 367: 22-23) (citação do parágrafo 11.4), num aparente contrato em que se paga com dinheiro, o trabalho objetivado, para que se adquirem bens de consumo, a fim de consumir de forma produtiva, para que

⁵ Em crítica ao próprio trabalho como fonte de riquezas e cultura, consulte: (MAIA, 2016, p. 19)

Os Direitos Sociais e os Obstáculos à Efetivação do Princípio da...

eles possam continuar trabalhando, ele e seus filhos⁶.
(DUSSEL, 1985, p. 354).

Foi exatamente neste cenário que se ensejou o Direito do Trabalho, a fim de proteger o trabalhador, estabelecendo limites e garantias, balizar as relações entre as classes, procurando solucionar, ao menos em parte, os conflitos que constituíam a luta de classes.

Ante a necessidade da evolução do Direito do Trabalho no mundo, o mesmo também se fez indispensável no Brasil. A implementação de um ramo do direito voltado às relações de trabalho teve como influência principal as transformações ocorridas na Europa e no compromisso internacional que o país assumiu ao ingressar na OIT, além dos movimentos operários caracterizados pelas greves (NASCIMENTO, 1995, p.48).

A Revolução de 1930, ocorrida no Governo Provisório de Getúlio Vargas, resultou na intervenção da Ordem Social e econômica, com a criação do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio. Nesta época, surgem algumas normas trabalhistas como, por exemplo decretos sobre profissões, trabalho das mulheres, salário mínimo, Justiça do Trabalho, dentre outros direitos (MARTINS, 2005, p. 24).

No período compreendido entre a promulgação da Constituição de 1934 e o Golpe de Estado de 1937, também conhecido como Era Vargas, foram editados outros diplomas legais, entre eles, destaca-se o acidente de trabalho (Decreto nº 24.637/1934), a reforma da lei sindical (Decreto nº 24.594/1934), a rescisão do contrato de

⁶ Tradução livre. No original: “Éticamente hablando, esta alienación del trabajo, esta negación de su alteridad, su exterioridad, este haber degradado el “cara-a-cara” em la proximidad, por um constituir al outro como mediación, instrumento, subsumiéndolo como mero “valor de uso” fundado en el ser del capital, es el *mal* originário, la perversidad ética por excelência de la realidade capitalista, y por ello de su moral (como moral vigente de la burguesia, e introyectada en el trabajador, que acepta al capital como un dato natural, como riqueza amasada por el trabajo y la justicia, y de donde la ganância es um derecho propio del capitalista por la propiedad de los bienes que su trabajo originário produjo). El hombre, em la persona del trabajador – como un animal o como una máquina -, es tratado como cosa al comprársele su “capacidad viva de trabajo como existencia meramente subjetiva” (425,2-3; 367, 22-23) (cita del parágrafo 11.4), em un aparente contrato em el que se le paga con dinero, trabajo objetivado, para que se adquieran bienes de consumo, a fin de que los consuma productivamente, para que puedan seguir trabajando él y sus hijos”.

Os Direitos Sociais e os Obstáculos à Efetivação do Princípio da...

trabalho (Lei nº 62/1935) e as comissões de salário mínimo (Lei nº 185/1936), dentre outros diplomas legais (MARTINS, 2005, p. 24).

Entre os anos de 1949 e 1964 ocorreu a ampliação do mercado interno juntamente com o crescente número de assalariados, uma vez que a produção industrial brasileira multiplicou, aproximadamente, o triplo. Com o aumento da população assalariada, sistematizou-se a Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT, em um único texto, integrando os trabalhadores no círculo de direitos mínimos e fundamentais para uma sobrevivência digna (GUNTHER, 2001, p. 22).

Contudo, embora se observe a existência de avanços na legislação trabalhista, bem como, a evolução de direitos e de garantias proporcionadas aos trabalhadores, como por exemplo: horas extras, descanso semanal remunerado, 13º. salário, férias, adicional noturno, FGTS, seguro desemprego, dentre outras, ainda existem empresas que não respeitam o ordenamento jurídico, submetendo os trabalhadores a condições precárias e injustas (SOUTO MAIOR; SEVERO; MENDES, 2012, p. 100-11).

Visando uma ampliação nos direitos dos trabalhadores a Constituição de 1988, constitucionalizou o Direito do Trabalho buscando a efetividade e a celeridade da justiça, além de assegurar a este ramo do direito status de direito social. A referida Constituição se firmou como um “largo espectro de direitos individuais, cotejados a uma visão e normatização que não perdem a relevância do nível social e coletivo em que grande parte das questões individuais devem ser propostas” (DELGADO, 2005, p. 124-125).

A Constituição de 1988 sempre tentou inibir o desrespeito aos direitos fundamentais, razão pela qual a mesma valoriza o trabalho humano não apenas no artigo 170, *caput*⁷, mas também o valoriza e consagra no artigo 1º e inciso IV⁸, tratando-o como fundamento da

⁷ “Artigo 170: A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios (...)”.

⁸ “Artigo 1º: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de

Os Direitos Sociais e os Obstáculos à Efetivação do Princípio da...

República Federativa do Brasil, e, no artigo 193⁹, qualificando-o como elemento basilar da Ordem Social. Desta forma, verifica-se que o legislador destinou especial proteção ao trabalho humano, não o tratando como mero fator de produção, mas como realização e satisfação pessoal de quem o empreende (FERNANDEZ, 2014, p. 54).

Imbuído desta preocupação o legislador ainda diferenciou as noções de valor social do trabalho e de valorização do trabalho humano. A primeira trata do trabalho considerado em si próprio, de modo objetivo, e, a segunda diz respeito à projeção da personalidade do homem trabalhador, correspondendo a uma dimensão subjetiva (FERNANDEZ, 2014, p. 55).

A proteção do trabalho e a valorização do trabalho humano constituem, ao lado da dignidade da pessoa humana, o fundamento da Constituição de 1988. Sua concretização é essencial para a realização de outros postulados constitucionais, como por exemplo, a justiça social e a garantia de existência digna. Assim, todos os trabalhadores têm o direito à promoção de melhores condições de trabalho, além de verificar a existência de garantias constitucionais incidirem em suas relações de trabalho (FERNANDEZ, 2014, p. 56).

Ressalta-se que essa proteção ao trabalho humano não deve ser imposta somente como uma obrigação estatal, e sim, em observância a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, é essencial que as empresas realizem ações nesse sentido. A imposição dessa responsabilidade decorre naturalmente das particularidades da relação de trabalho, “na qual o empregador assume posição de superioridade frente ao trabalhador, de modo que este fica mais suscetível de sofrer dano e violação em seus direitos” (NUNES; DANTAS, 2012, p. 78).

Desta forma, o tratamento diferenciado, o não pagamento das verbas trabalhistas, ou o pagamento atrasado, a prática de assédio

Direito e tem como fundamentos: (...) IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”.

⁹ “Artigo 193: A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”.

Os Direitos Sociais e os Obstáculos à Efetivação do Princípio da...

moral, o desrespeito às normas de segurança e saúde do trabalho, dentre outros, violam os direitos laborais, além de desvalorizar o trabalho humano.

A desvalorização do trabalho humano com o desrespeito deliberado, reiterado e institucionalizado não fere somente o trabalhador, mas toda a ordem jurídica trabalhista, gerando dano à sociedade. A vivência atual do trabalho diante do novo paradigma da pós-modernidade, ou seja, o período pós-industrial, enseja mudanças no processo produtivo, na gestão das empresas e no objeto do labor: hoje valoriza-se a inovação e tecnologia. (GARBACCIO; DENNY; JULIÃO, 2017, p. 3). “O desafio para o Direito do século XXI é oferecer proteção normativa com efetividade prática, de acordo com as necessidades das organizações estruturadas em cadeias globais de valor.” (GARBACCIO; DENNY; JULIÃO, 2017, p. 3). O Direito do Trabalho, entendido como um empecilho às novas tendências da sociedade é em realidade, um mecanismo de proteção e equilíbrio de interesses.

1.1 O Direito do Trabalho na Constituição de 1988 e os Direitos Sociais

Quanto à proteção constitucional do Direito do Trabalho, o artigo 6º da Constituição de 1988 insere o trabalho como um Direito Social. Por sua vez, os artigos 7º e 8º tratam do direito das relações de trabalho, motivo pelo qual as normas trabalhistas inseridas nela são integrantes dos direitos sociais.

As normas previstas no texto constitucional não são exaustivas, possuem extensão tão ampla quanto a alcançada pelos artigos 7º ao 11 do mesmo diploma, que preveem um amplo rol de direitos com natureza de garantia constitucional cuja intensão do legislador é a de

Os Direitos Sociais e os Obstáculos à Efetivação do Princípio da...

promoção da valorização do trabalho humano (VILLATORE; PRIGOL, 2018, p. 153-154).

Por sua vez, Leonardo Wandelli (2012, p.224) define essa diferença como sendo o Direito Fundamental do Trabalho e Direito Fundamental ao Trabalho, afirmando que:

[...] em síntese, o direito fundamental ao trabalho é, ao mesmo tempo, mais específico que o direito fundamental do trabalho, uma vez que constitui um de seus conteúdos, e mais amplo, uma vez que relativo a todas as pessoas e em situações que excedem as relações de emprego, abrangendo, como uma parcela de seu conteúdo, o direito à proteção jurídica do assalariamento, em especial o direito ao conteúdo do próprio trabalho, mas também a proteção jurídica a outras formas de trabalhar, a promoção do acesso ao trabalho digno e, ainda, aquilo que se denomina de direito ao trabalho como primeiro direito Humano e fundamental.

Assim, tem-se que os Direitos Sociais estão diretamente relacionados às prestações por parte do Estado, podendo as mesmas serem positivas ou negativas. As prestações do Direito do Trabalho são negativas porque incumbe ao Estado o dever de manutenção dos direitos dos trabalhadores, sem detrimento do respeito do não retrocesso e da progressividade.

Sobre o Direito do Trabalho como Direito Social, Ingo Wolfgang Sarlet afirma que se trata de Direito fundamental social como direito de defesa, estando estampado nos artigos 7º a 11 da Constituição de 1988. Segundo o autor:

[...] em que pese a denominação de direito social (cuja pertinência aqui não se pretende colocar em dúvida), o fato é que este dispositivo – de acordo com a função desempenhada – contém típicos direitos de defesa, situando-se de acordo com abalizada doutrina, no âmbito das assim denominadas liberdades sociais (direitos sociais negativos), tomando-se a expressão em sentido amplo, já que evidentemente (ao menos no que diz com o rol dos direitos sociais na nossa Constituição) não restrita a direitos de liberdade (SARLET, 2009, p. 174).

O tratamento do Direito do Trabalho como Direito Social não é exclusividade da Constituição de 1988. Na realidade as normas e os

Os Direitos Sociais e os Obstáculos à Efetivação do Princípio da...

Tratados Internacionais contemplam o trabalho como um Direito Humano e Fundamental, sendo fontes do Direito do Internacional do Trabalho, que tem seu objeto, definido por Luiz Eduardo Gunther: “[...] tratar da proteção, universalização e normatização das atividades laborativas em nível Internacional”. (GUNTHER, 2013, p. 32) O art. 7º. do PIDESC determina que os Estados Membros do Pacto “reconhecem o direito de toda pessoa de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis”.

No mesmo sentido, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, no artigo 23, item 1, afirma que “todo ser Humano tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego, dentre outros direitos” (ONU, 1948).

Ainda, o trabalho tem um importante Organismo Internacional que atua em favor da proteção de sua fundamentalidade, a OIT, Organização Internacional do Trabalho, que é o órgão que edita normas na forma de Convenções, que servem de fonte normativa para regulamentar o Direito do Trabalho dos Estados que ratificaram estes instrumentos normativos.

Dentre as normas Internacionais que envolvem os Direitos Sociais se destacam as Convenções da Organização Internacional do Trabalho, e, mais especificamente, as Convenções que são consideradas Fundamentais, afinal, a questão da efetivação do Direito Social do Trabalho perpassa, também, pela garantia e promoção da dignidade da pessoa humana, considerada “simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais”. (SARLET, 2012, p.58)

Assim, tem-se que o Direito do Trabalho, como um Direito Social que possui proteção, não apenas constitucional, mas também Internacional, tem na Organização Internacional do Trabalho seu organismo de maior representatividade.

Ainda, a OIT, no ano de 1998, elaborou a Declaração relativa aos princípios e direitos fundamentais ao trabalho e seu seguimento, que são objeto de Convenções internacionais, reconhecidas como

Os Direitos Sociais e os Obstáculos à Efetivação do Princípio da...

fundamentais. Todos os Estados Membros estão submetidos ao respeito, à promoção e à realização dos princípios relativos aos direitos fundamentais desta Declaração, que também é estendida aos Estados que não ratificaram as Convenções em questão, pois estes princípios e direitos fundamentais são os alicerces sociais fundamentais mínimos no nível internacional.

Estas oito Convenções, confirmam a necessidade desta Organização em promover políticas sociais sólidas, estimular a formação profissional, promover políticas eficazes destinadas à criação de emprego e à participação justa do trabalhador nas riquezas, para o pleno desenvolvimento das suas potencialidades humanas. Desta forma, a comunidade internacional, reconhece e assume a obrigação de respeitar e aplicar as Convenções Internacionais.

Ainda, sobre a aplicação das Convenções Internacionais Pamplona Filho apresenta o entendimento:

Desde cedo, a OIT percebeu que tal espécie de “leilão” às avessas rapidamente conduziria a humanidade a patamares civilizatórios inferiores aos experimentados no curso da Revolução Industrial. Para tanto, a única forma de evitar o desestímulo à proteção é por meio da sua uniformização entre os países. Adotando igualmente medidas de proteção aos trabalhadores e imigrantes, por meio de reciprocidade, todas as nações poderiam promover a dignidade no trabalho, e a redução de qualquer externalidade que interfira na promoção do desenvolvimento social justifica a atuação estatal. (PAMPLONA FILHO; BRANCO, 2014, p. 76).

Dessa forma, o direito internacional construiu-se voltado a proteção do Direito do Trabalho e ao trabalho nas mais diversas vertentes.

3 A PROIBIÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL E O ACESSO À JURISDIÇÃO DO TRABALHADOR HIPOSSUFICIENTE

Os Direitos Sociais e os Obstáculos à Efetivação do Princípio da...

A democracia não pode existir sem a efetivação dos direitos fundamentais sociais, mesmo estes não sendo dotados de valor incondicional, podem ainda estar sujeitos a limitação, desde que observada a garantia de conteúdo social (GOMES, 2017, p. 32).

Na tentativa de garantir a observância dos direitos sociais, culturais e econômicos previstos como um mínimo irredutível na defesa da dignidade humana, essa previsão estabelece que referidos direitos devem ser assegurados de modo progressista, evitando-se o retrocesso social.

Para o Estado Democrático de Direito, tanto o Direito do Trabalho quanto o direito dos trabalhadores devem ser garantidos como sendo um direito fundamental social, sendo que por meio do trabalho humano a população ativa encontra meios materiais para usufruir do direito à vida com dignidade e segurança. É por meio do trabalho decente que decorre o exercício da cidadania.

Por se viver em uma sociedade de trabalho, este deve ser reconhecido e protegido como o mais relevante meio de garantias de um mínimo de poder social para todos os membros da população ativa, como o alcance de uma existência digna.

Na economia de mercado quase não existe uma intervenção estatal, sendo que a livre concorrência é a reguladora dos preços. Este liberalismo econômico foi construído por meio de um duplo movimento: no primeiro, tem-se um mercado que se expande continuamente, e no segundo movimento, tem-se um contramovimento incompatível com a auto-regulação, denominado de intervencionismo. (POLANYI, 2000, p. 61). Desta forma, o Estado somente intervinha nas relações quando a liberdade estivesse em jogo. (JORGE NETO; CAVALCANTE, 2008, p. 12). Para Karl Polanyi a economia de mercado traz consigo:

[...] uma mudança na motivação da ação por parte dos membros da sociedade: a motivação do lucro passa a substituir a motivação da subsistência. Todas as transações se transformam em transações monetárias e estas, por sua vez, exigem que seja introduzido um meio de intercâmbio em cada articulação da vida industrial. Todas as rendas devem derivar da venda de alguma coisa e, qualquer que seja a verdadeira fonte de renda de uma pessoa, ela deve ser vista

Os Direitos Sociais e os Obstáculos à Efetivação do Princípio da...

como resultante de uma venda. É isto o que significa o simples termo “sistema de mercado” pelo qual designamos o padrão institucional descrito. [...] Os lucros não são mais garantidos e o mercador tem que auferir seus lucros no mercado. Os preços devem ter a liberdade de se auto-regularem. É justamente esse sistema auto-regulável de mercados o que queremos dizer com economia de mercado. (POLANYI, 2000, p. 60-61).

Entretanto, permitir a autorregulação completa não permitiria a visualização de todas as realidades sociais, e assim, cabe ao Estado, para abranger-las em suas individualidades e particularidades, fomentar a promoção de desenvolvimento econômico com o fortalecimento social das empresas, com o agregamento da livre iniciativa à valorização do trabalho humano. Há a necessidade de se balancear os interesses e a atuação do Estado deve ser direcionada: garantir a geração de riquezas e ao mesmo tempo manter os postos de trabalho e promover a crescente melhoria dos direitos trabalhistas conquistados sem retrocessos. Esta ‘menor ingerência do Estado’ melhoraria a qualidade de vida da população, e, principalmente a qualidade das empresas, uma vez que se permitiria a ampliação da produção e do consumo.

A Constituição de 1988 consagra em seu artigo 170 a regulação da Ordem Econômica, porém esta só pode ser considerada legitimamente exercida quando voltada à realização da dignidade humana, à promoção da justiça social e a valorização do trabalho humano, ou seja, quando ocorre a efetivação dos direitos sociais norteado na dignidade da pessoa humana.

A atuação positiva do Estado é que torna possível a adoção de diretrizes para alcançar uma justiça social tanto no âmbito privado, quanto no âmbito público, mesmo em meio a crises econômicas quando se deve rechaçar o retrocesso social na dinâmica das relações de trabalho e proteção dos direitos dos trabalhadores.

Entretanto, as estratégias patronais que sempre reformulam o processo de produção capitalista em busca da conquista de mercado, tem-se utilizado formas mais flexíveis de contratação de trabalhadores

Os Direitos Sociais e os Obstáculos à Efetivação do Princípio da...

voltadas às flexibilizações das condições de trabalho e direitos trabalhistas sob a alegação de se gerar mais empregos.

Assim, para José Dari Krein a flexibilização de trabalhos e direitos é uma imposição decorrente das transformações do capitalismo no contexto de uma economia globalizada que se opõe ao padrão de proteção social do trabalho vigente:

[...] a flexibilidade apresenta dois sentidos bem definidos. Primeiro, possibilitar mais liberdade às empresas na determinação das condições de uso, de contratação e de remuneração do trabalho. Em segundo lugar, possibilitar ajustes no volume e no preço da força de trabalho na perspectiva de reduzir seu custo no cenário descrito acima. Essas duas finalidades concretizam-se, por um lado, por meio da supressão de benefícios e de direitos advindos da legislação e/ou de normas coletivas, o que significa a eliminação, a diminuição ou afrouxamento da proteção trabalhista e social vigente em cada país. Por outro lado, pela introdução de novas legislações ou normas coletivas que permitam adaptar os direitos trabalhistas à lógica apontada acima, especialmente em relação a quatro temas bastante comuns em diversas experiências nacionais: remuneração, jornada, forma de contratação e alocação de trabalho (KREIN, 2013, p. 20).

O desmantelamento do Estado não é o meio de resposta para os problemas da economia moderna, ademais a pobreza é uma ameaça sistêmica à estabilidade para um mundo que se flexibiliza, uma vez que o trabalho flexibilizado agrava as desigualdades sociais, aprofundando aqueles que vivem na pobreza absoluta e são excluídos socialmente (PIOVESAN, 2002, p. 63-66).

Contrariamente ao promulgado pelo Congresso Nacional com o advento da Lei nº. 13.467/2017 que introduziu a chamada Reforma Trabalhista, verifica-se a violação dentre outras, a violação à segurança jurídica, que guarda relação com a vedação ao retrocesso social (SARLET, 2010, p. 451) que é a garantia de proteção dos direitos fundamentais sociais e dos trabalhadores contra a atuação do legislador tanto no âmbito constitucional quanto no infraconstitucional:

Os Direitos Sociais e os Obstáculos à Efetivação do Princípio da...

[...] a proibição do retrocesso assume feições de verdadeiro princípio fundamental implícito, que tanto pode ser reconduzido ao princípio do Estado de Direito (no âmbito da proteção da confiança e da estabilidade das relações jurídicas inerentes à segurança jurídica) quanto ao princípio do Estado Social, na condição de garantia da manutenção dos graus mínimos de segurança social alcançados, sendo, de resto, corolário da máxima eficácia e efetividade das normas de direitos fundamentais sociais e do direito à segurança jurídica, assim como da própria dignidade da pessoa humana. (SARLET, 2010, p. 453)

Desta forma, a proibição do retrocesso deve atuar como limite para as medidas que impliquem em supressão ou restrição de direitos fundamentais, compreendidos como efetiva violação de direitos. Assim, quando de sua aplicação concreta, ou seja, na aferição de existência ou não, de violação da proibição de retrocesso, dispensar o critério da reserva legal, da proteção da confiança, da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial legal, do núcleo de direitos fundamentais, da proporcionalidade da isonomia, da irretroatividade das medidas restritivas, que asseguram a devida operatividade à noção de proibição ao retrocesso (SARLET, 2017, p. 133). Assim, apenas por meio de uma atuação positiva do Estado é que se torna possível a adoção de diretrizes que resguardem a justiça social tanto no âmbito privado quanto no público.

Uma das formas de atuação é a eliminação de entraves econômicos que impediriam o acesso aos tribunais, principalmente quando se refere a custas processuais, fato que é lembrado por Alexandre Freitas Câmara que afirma que o destinatário da normativa presente no art. 5º, XXXV é o próprio legislador, que fica impedido de elaborar normas que possam de alguma forma impedir, e também restringir, o acesso aos órgãos do judiciário. (CÂMARA, 2013, p. 56) No mesmo sentido foi editada a Súmula 667 do Supremo Tribunal Federal que informava que seria considerada violação ao acesso à jurisdição a “taxa judiciária calculada sem limite sobre o valor da causa”.

Os Direitos Sociais e os Obstáculos à Efetivação do Princípio da...

Um das tendências que se construía era justamente a eliminação das custas processuais, como propulsor para a consagração de um direito ao acesso efetivo à justiça (CAPPELETTI; GARTH, 1988, p. 15).

No mesmo sentido a própria Consolidação das Leis do Trabalho dispunha de normativas flexíveis sobre a temática, como era disposto no art. 790, § 3º da CLT, no qual era faculdade dos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho a possibilidade de conceder, seja por requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita. Ainda, dispõe que essa possibilidade pode ser concedida ainda que os interessados recebem salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, acrescentando também a possibilidade de autodeclaração, na qual fazia referência a impossibilidade do pagamento das custas sem o prejuízo ao próprio sustento e de sua família.

De acordo com Sadek (2001, p. 170): “O acesso à justiça se constitui na porta de entrada para a participação nos bens e serviços de uma sociedade”. Ainda, faz uma relação direta com o princípio da proibição do retrocesso, ao afirmar que “quaisquer iniciativas que tenham por meta o combate à exclusão estarão fadadas ao fracasso se não levarem em conta garantias e direitos individuais e coletivos”. Segundo o autor, não há uma real inclusão se não for garantido o acesso à justiça, todos os outros direitos encontrarão dificuldades severas a sua concretização.

Nesse sentido, o direito ao acesso à justiça vem sendo entendido como uma das garantias constitucionais mais importantes quando se observa o rol de direitos individuais e sociais, e é um direito básico do sistema judicial (CAPPELETTI; GARTH, 1988).

Dessa forma, a proteção do trabalhador como hipossuficiente, historicamente construída, se desenvolveu em diversas vertentes no direito do trabalho alcançando a esfera processual, em especial importância à garantia da gratuidade do acesso à justiça.

3.1 O Trabalhador Hipossuficiente e o Acesso à Jurisdição Pós-Reforma Trabalhista

A reforma trabalhista trouxe grandes transformações para a temática, e nesse trabalho serão abordadas as restrições ao hipossuficiente. A Lei nº. 13.467/2017 que introduziu a chamada Reforma Trabalhista, modificou a redação do art. 790, § 3º da CLT, substituindo a parte final do dispositivo para a concessão da justiça gratuita aos que “perceberem salário igual ou inferior a 40% [...] do limite máximo dos benefícios do Regime Geral da Previdência social”.

Acrescentou-se ainda, o art. 790 § 4º no qual, o benefício da justiça gratuita “será concedido à parte que comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo”. Dessa forma, desestruturou-se uma parte essencial da proteção do trabalhador como hipossuficiente, um sistema de progressividade de proteção de direitos e da gratuidade do acesso à justiça como elementos estruturais ao processo do trabalho.

Efetivamente restringiu-se os possíveis beneficiários da justiça gratuita na Justiça do Trabalho, quando em comparação, inclusive, com a Justiça comum, na qual se presume como verdadeira a alegação de insuficiência realizada por pessoa natural, disposto no art. 99, § 3º do CPC.

Severas críticas tem-se desenvolvido a esse instituto, como se destaca a elencada por Raphael Miziara que afirma que o código de processo civil deve incidir no processo do trabalho, uma vez que nessa justiça a hipossuficiência do trabalhador é latente, sendo “uma decorrência lógica do próprio direito do trabalho” (MIZIARA, 2017, p. 1212).

Sobre o tema da aplicação do Código de Processo Civil de 2015, diante da determinação do art. 15 do CPC e os arts. 769 e 889 da CLT,

Os Direitos Sociais e os Obstáculos à Efetivação do Princípio da...

nas situações em tela, destacam-se duas abordagens: a) a aplicação supletiva: significa aplicar o CPC quando a legislação trabalhista não for completa, mesmo que haja alguma disposição. Nesse sentido, a aplicação do CPC seria objetivando complementar, aperfeiçoar e efetivar o processo do trabalho; b) a aplicação subsidiária: tem por objetivo aplicar o CPC quando não há na CLT alguma determinação legal sobre o tema abordado (SCHIAVI, 2017).

Cabe ressaltar que essas modalidades de aplicação não devem ocorrer sem uma reflexão sobre a própria função e princípios da legislação trabalhista. Neste sentido, as normativas do CPC somente podem ser aplicadas ao processo trabalho se possuírem uma compatibilidade principiológica e em respeito as singularidades do processo trabalhistas. (SCHIAVI, 2017)

Entretanto, denota-se na situação em tela que o postulado que se pretende aplicar diz respeito a uma proteção maior presente no CPC em detrimento das alterações impostas pela Lei nº 13.467/2017 na CLT. Essa aplicação pode ser compreendida dentro do âmbito da supletividade, mas o seu real fundamento está no princípio da Norma mais Favorável. Nesse sentido coaduna-se com a posição de Jorge Luiz Souto Maior e Valdete Souto Severo: anteriormente a reforma a normativa especial (no caso a legislação trabalhista) deveria ser aplicada, pois demonstra-se mais benéfica e apropriada que a normativa geral (no caso o código de processo civil).

Agora, diante das alterações realizadas propõe-se a aplicação em sentido inverso, mas conferindo a mesma lógica: aplica-se a norma geral (CPC) em detrimento da norma específica (CLT) quando esta última “rebaixar o nível de proteção social já alcançado pelo padrão regulatório generalizante, o que serve, ao mesmo tempo, para demonstrar o quão contrária aos interesses populares foi essa ‘reforma’” (SOUTO MAIOR; SEVERO, 2017, p. 73). Dessa forma, é evidente a possibilidade da aplicação do Código de Processo Civil (art.15), e do art. 99, § 3º do Código de Processo Civil, como normativa

Os Direitos Sociais e os Obstáculos à Efetivação do Princípio da...

mais protetiva ao trabalhador e a verba essencial para a sua subsistência: a verba salarial.

Élisson Miessa afirma que o juiz somente pode indeferir o pedido de concessão do benefício da justiça gratuita, mesmo nos novos paradigmas da reforma trabalhista, se os autores estiverem acostados elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a referida gratuidade, e, quando do indeferimento, deve ainda, abrir à possibilidade da parte comprovar o preenchimento dos requisitos (MIESSA, 2017). Nesse momento encontra-se o conflito se a parte deve provar os requisitos do Código de Processo Civil ou da Reforma Trabalhista, fato que será balanceado pela aplicação da normativa mais protetiva ao trabalhador ou não.

Resta ainda a possibilidade do juízo conceder o benefício da justiça gratuita aos que percebem valor superior a 40% do limite máximo do Regime Geral de Previdência Social, nesse caso deverá ser provada a necessidade, como informa o art. 790 § 3º da CLT que abre a possibilidade para a presunção legal, mas que esta pode ser dirimida no âmbito do ônus probatório (MIZIARA, 2017, p. 1.213).

Em um outro momento, transpassada a fase pré-processual e inicial, adentra-se no direito intertemporal e na possível controvérsia quanto à revisão da justiça gratuita aos processos já em andamento. Ou seja, nos processos iniciados antes da Lei nº 13.467/2017 o juiz pode intimar a parte para comprovar a insuficiência e os cumprimentos dos paradigmas elencados pela nova lei?

Duas questões podem ser suscitadas nesse aspecto: primeiramente o momento processual para a discussão do benefício da justiça gratuita e o fato deste já se exaurir com o deferimento do magistrado. Advogasse no sentido de somente ser possível alterar tal direito garantido se a situação fática tiver se alterado, fato que deverá ser abordado a luz do contraditório e ampla defesa (MIZIARA, 2017, p. 1.213); em um segundo momento, defende-se que as questões anteriores elencadas sobre a proibição do retrocesso social, a progressividade dos direitos trabalhistas e o diálogo das fontes com o

Os Direitos Sociais e os Obstáculos à Efetivação do Princípio da...

direito civil, poderão, inclusive, ser objeto de fundamento para a manutenção da gratuidade.

Agora, no momento do desenvolvimento e finalização do processo tem-se três questões: a condenação a custas, honorários periciais e advocatícios sucumbenciais. Esses casos também afetam o acesso à justiça, pois podem ser caracterizados como tentativa de barreira (SADEK, 2001, p. 170) ao acesso à justiça quando diante de uma realidade anterior de inteira gratuidade.

A alteração se deu nos art. 790-B, *caput* e § 4º, no qual responsabiliza-se pelo pagamento dos honorários sucumbenciais a parte sucumbente da perícia, sendo aplicável inclusive ao beneficiário da justiça gratuita, nesse caso realiza-se a compensação com os créditos obtidos em juízo no processo em causa ou em outro (art. 791-A § 4º). O pagamento também deverá ser realizado quando a parte der causa ao arquivamento do processo por ausência à audiência inaugural (art. 844 § 2º). Ou seja, somente não terá o encargo do pagamento da perícia o beneficiário da justiça gratuita que não receber valores suficientes para realizar o abatimento. A possibilidade do pagamento irrestrito está culminada pela inconstitucionalidade, uma vez que não vislumbra as diferentes realidades sociais e o tratamento materialmente isonômico (IVO, 2017, p. 140).

A Procuradoria Geral da República questionou a constitucionalidade na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.766 sob o argumento principal de que as normas impugnadas estabelecem restrições à garantia da gratuidade da justiça, uma vez que impõe o pagamento de honorários periciais e sucumbenciais, quando valores forem obtidos no processo ou em outra ação, e, o pagamento de custas caso não haja o comparecimento em audiência inicial, pagamento que ocorrerá quando da propositura de uma nova ação a tal pagamento. (BRASIL, 2017).

Em casos concretos, a depender da concretude dos direitos e das situações reais, observar-se-á a violação à assistência jurídica integral e gratuita (art. 5º, LXXIV da CRFB/1988) e também ao acesso

Os Direitos Sociais e os Obstáculos à Efetivação do Princípio da...

ao poder judiciário (art. 5º, XXXV, da CRFB/1988) podendo representar flagrantes inconstitucionalidade.

Quanto à condenação às custas e honorários, ao fim do processo, é possível visualizar a condenação com posterior desobrigação de pagamento em virtude da impossibilidade da realização sem o sacrifício de sustento próprio ou da família (MIZIARA, 2017, p. 1.213). É impreterível que haja esse momento de revisão da condenação, como afirma as lições de Nelson Nery Júnior:

Se a lei, atendendo ao preceito constitucional permite o acesso do pobre à justiça, como poderia fazer com que, na eventualidade de perder a ação, tivesse que arcar com os honorários advocatícios da parte contrária? Seria, o nosso juízo, vedar o acesso ao judiciário por via transversa porque, pendente essa espada de Dâmocles sobre a cabeça do litigante pobre, jamais iria ele querer promover qualquer ação judicial para a garantia de um direito ameaçado ou violado (NERY JÚNIOR, 2014).

Dessa forma, as referidas alterações realizadas no âmbito do acesso à justiça trabalhista devem ser analisadas com muita cautela pelo poder judiciário. Condenar indiscriminadamente ao pagamento de custas, honorários e perícias poderá ocasionar extensos retrocessos a direitos historicamente construídos e consolidados ao longo de décadas e sociedades.

Por fim, aponta-se que a restrição completa dos beneficiários de justiça gratuita pode ser compreendida como inconstitucional, diante da proteção conferida pelo princípio da norma mais favorável que impõe a aplicação progressiva de salvaguardas aos direitos fundamentais. Ademais, a condenação em custas e honorários advocatícios e periciais poderão ensejar, no caso prática, a inconstitucionalidade, quando afetarem a subsistência e o sustento da parte. Questiona-se, se há a real necessidade da existência da “espada de Dâmocles sobre a cabeça do litigante pobre”, ou seja, se há a necessidade real de tais cobranças sobre o trabalhador hipossuficiente, que é o sujeito da maioria das ações judiciais trabalhistas.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo demonstrou a complexa construção do Direito do Trabalho. Formado por diversas lutas e tentativas de consolidação, não surgindo os seus institutos basilares da noite para o dia, ou se intenções legislativas momentâneas. Demonstrou-se que são recorrentes diversas formas de violações, como o tratamento diferenciado, o não pagamento das verbas trabalhistas, ou o pagamento atrasado, a prática de assédio moral, o desrespeito às normas de segurança e saúde do trabalho, dentre outros, que ferem estruturalmente os direitos laborais, além de desvalorizar o trabalho humano.

O respeito e valorização do trabalho humano se dá por meio de garantias de proteção e manutenção de direitos, que se materializam e se fundam no princípio da proibição do retrocesso social. Uma vez que os direitos juslaboralistas se construíram com o intuito da formação e uma sociedade mais livre, social e em prol do desenvolvimento amplo. Somente através do entendimento da construção do direito do trabalho como construção histórico-legislativa, é possível compreender a noção construída de trabalhador hipossuficiente, que alcançou todos os institutos do trabalho e também aos institutos tradicionalmente processuais.

Elencou-se os novos paradigmas e possíveis entendimentos de conceituação de “trabalhador hipossuficiente” e as restrições em vários âmbitos ao acesso à justiça impostas pela reforma trabalhista, Lei nº 13.467/2017. As quais elenca-se: i) desestruturou-se o sistema de progressividade de proteção de direitos e da gratuidade do acesso à justiça como elementos estruturais ao processo do trabalho; ii) restringiu-se os possíveis beneficiários da justiça gratuita na Justiça do Trabalho, quando em comparação, inclusive, em comparação com a Justiça comum; iii) é possível a aplicação do Código de Processo Civil (art.15), e do art. 99, § 3º do Código de Processo Civil, diante da abertura proposta pela análise conjunta do art. 15 do CPC com os

Os Direitos Sociais e os Obstáculos à Efetivação do Princípio da...

artigos 769 e 889 da CLT, desde que observando as possibilidades da aplicação supletiva e subsidiária, sob a luz dos princípios e singularidades do processo trabalhista. Observa-se também a necessária aplicação da normativa geral em detrimento da específica, diante do princípio da norma mais favorável; iv) o juiz somente pode indeferir o pedido de concessão do benefício da justiça gratuita se nos autos estiverem acostados elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a referida gratuidade, e, quando do indeferimento, deve ainda, abrir à possibilidade da parte comprovar o preenchimento dos requisitos, restando a possibilidade da aplicação da norma trabalhista ou processual civil, a qual advogasse pela mais favorável ao trabalho. v) há a possibilidade do juízo conceder o benefício da justiça gratuita aos que percebem valor superior a 40% do limite máximo do Regime Geral de Previdência Social, nesse caso deverá ser provada a necessidade; vi) no caso de processo já iniciado, somente será possível alterar o direito de gratuidade garantido se a situação fática tiver se alterado, fato que deverá ser elencado pelo contraditório e ampla defesa; vii) adentra-se na condenação a custas, honorários periciais e advocatícios sucumbenciais, casos que afetam o acesso à justiça, pois podem ser caracterizados como tentativa de barreira ao referido direito.

Observou-se alterações estruturais ao acesso à Justiça Laboral que conflitam com a construção histórico-laboral de proteção e progressão protetiva dos direitos laborais. Quaisquer alterações, como demonstrado, deverá ser balizada pelo controle constitucionalidade e coerência principiológica do sistema juslaboral. Demonstrou-se tal incoerência no enfoque do artigo: na construção protetiva e como ela é afetada quando do aspecto do acesso à justiça e de sua garantia como fundamento de um estado democrático de direito. Ao fim, questiona-se, se há a real necessidade da existência de tais cobranças sobre o trabalhador hipossuficiente, que é o sujeito da maioria das ações judiciais trabalhistas.

Data de Submissão: 30/06/2018

Data de Aprovação: 04/05/2019

Processo de Avaliação: *double blind peer review*

Editor Geral: Jailton Macena de Araújo

Editor de Área: Jailton Macena de Araújo

REFERÊNCIAS

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

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5766/2017**.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. Volume I. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010.

DUSSEL, Enrique. **La producción teórica de Marx: un comentario a los Grundrisse**. México (D. F), Siglo XXI, 1985.

FERNANDEZ, Leandro. **Dumping social**. São Paulo: Saraiva, 2014.

GARBACCIO, Grace Ladeira; DENNY, Danielle Mendes Thame Denny; JULIÃO, Rodrigo de Farias Julião. **O Trabalho na Pós-Modernidade**. Revista Prim@ Facie. João Pessoa: PPGCJ, v. 16, n. 31, 2017, p. 1-30.

GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. **Defesa e Aprimoramento Progressivo dos Direitos Fundamentais Sociais**: Proibição de Retrocesso Social Por meio de Reformas Trabalhistas. In: MARTINS, Juliane Caravieri; BARBOSA, Magno Luiz; MONTAL, Zélia Maria Cardoso. Reforma Trabalhista em Debate – Direito Individual Coletivo e Processual do Trabalhador. 2017. p. 29-40.

GUNTHER, Luiz Eduardo. **A OIT e o Direito do Trabalho no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2001.

Os Direitos Sociais e os Obstáculos à Efetivação do Princípio da...

IVO, Jasiel. A reforma trabalhista e a violação constitucional do acesso à justiça. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, MG, v. 63, n. 96, p. 135-147, jul./dez. 2017.

JORGE NETO. Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros. **Direito do Trabalho, Tomo I**. 4. ed. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2008.

KREIN, José Dari. **Debates contemporâneos – Economia social e do trabalho: as relações do trabalho na era do neoliberalismo no Brasil**. São Paulo: LTr, 2013.

LAFARGUE, Paul. **O Direito à Preguiça**. 2. ed. São Paulo: Hucitec, 2000.

MAIA, Fernando Joaquim Ferreira. A Metáfora e o Trabalho no Texto de Karl Marx “Crítica ao Programa de Gotha”. **Revista Prim@ Facie**. vol 15, n.29, 2016, p. 1-39.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Instituições de direito público e privado**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MIESSA, Élisson. **A comprovação da insuficiência de recursos: a necessidade da comprovação da insuficiência de recursos pelo beneficiário da justiça gratuita**. Jota, 2017. Disponível em : <<https://jota.info/artigos/a-comprovacao-da-ineficiencia-de-recursos-02082017>>. Acesso em 20 de março de 2018.

MIZIARA, Raphael. Novidades em torno do benefício da justiça gratuita na CLT reformada e o ônus financeiro do processo. **Revista LTr**. Vol.81, nº10, 2017. P.1209 – 1216.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. São Paulo: RT, 2014. Obra eletrônica.

NUNES, Claudio Pedrosa; DANTAS, Joama Cristina Almeida. Os direitos fundamentais dos trabalhadores e a proteção ao trabalho: análise da aplicação do princípio da proporcionalidade no direito laboral. **Revista Prima facie**, João Pessoa, v. 11, n. 20, ano 11, jan-jun, 2012, p. 75-92.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 10 de dezembro de 1948. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm. Acesso em: 11 mar. 2018.

Os Direitos Sociais e os Obstáculos à Efetivação do Princípio da...

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; BRANCO, Maurício de Melo Teixeira. **Estrutura da Organização Internacional do Trabalho: Aspectos Históricos-institucionais e Econômicos.** In: Direito Internacional do Trabalho e Convenções Internacionais da OIT comentadas. ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de., COLNAGO, Lorena de Mello Rezende. São Paulo, LTr, 2014.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos, Globalização Econômica e Integração Regional: Desafios do Direito Constitucional Internacional.** São Paulo: Max Limonad, 2002.

POLANYI, Karl. **A Grande transformação: as origens de nossas épocas.** Rio de Janeiro: Campus, 2000.

SADEK, Maria Tereza Aina. **Acesso à Justiça.** Fundação Konrad Adenauer, 2001

SÁNCHEZ RUBIO, David. **Direitos Humanos, ética da vida humana e trabalho vivo,** In WOLKMER, Antonio Carlos (org). Direitos humanos e filosofia jurídica na América Latina. Rio de Janeiro, Lumen, Júris, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais e proibição de retrocesso: algumas dimensões da assim denominada “eficácia protetiva” dos direitos fundamentais (notadamente dos direitos sociais) em relação ao legislador infraconstitucional.** In SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva global. 10^a ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Os Direitos dos Trabalhadores como Fundamentais e a sua proteção na Constituição Federal Brasileira de 1988.** In: MELHO, Raimundo Simão De; ROCHA, Cláudio Jannotti Da. Constitucionalismo, Trabalho, Seguridade Social, e as Reformas Trabalhista e Previdenciária. São Paulo. LTr. 2017. p.128-135.

SCHIAVI, Mauro. **Aplicação do processo civil ao processo do trabalho.** Produção: Tribunal Superior do Trabalho, Centro de Formação e Aperfeiçoamento de Assessores e Servidores do TST. Brasília: TST, 2017. Formato MP4. Palestra (129 min)

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; SEVERO, Valdete Souto; MENDES, Ranúlio. **Dumping social nas relações de trabalho.** São Paulo LTr, 2012.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; SEVERO, Valdete Souto. O acesso à justiça sob a mira da reforma trabalhista: ou como garantir o acesso à justiça diante da reforma trabalhista. **Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9^a Região,** Curitiba, PR, v. 6, n. 61, p. 57-92, jul./ago. 2017.

Os Direitos Sociais e os Obstáculos à Efetivação do Princípio da...

VILLATORE, Marco Antônio César; PRIGOL, Natalia Munhoz Machado. **Direito individual do trabalho e a reforma trabalhista (lei 13.467/2017) à luz da Constituição de 1988.** In A reforma trabalhista na visão acadêmica, p.151-175, 2018.

WANDELLI, Leonardo Vieira. **O Direito Humano e Fundamental ao Trabalho** – Fundamentação e Exigibilidade. São Paulo: LTr, 2012.

Social Rights and Obstacles to the Effectiveness of the Principle of Protection to the Hyposufficient in Access to Labor Jurisdiction after Publication of Law no. 13467/2017

Aline Ferreira Montenegro

Miriam Olivia Knopik Ferraz

Marco Antônio César Villatore

Abstract: The present work has as a field of study the theme of legislative changes in the scope of labor law. The objective is to demonstrate the historical-normative construction of the social rights of the work, with the focus on the protection of the worker who is underpaid. The second approach comes from the previous construction to demonstrate the logical consequence of the construction of the institute of access to justice. Subsequently, the changes and possible moves for the institute are demonstrated in the face of the reality of the law n^o 13.467 / 2017, titled labor reform. The methods used permeate the bibliographical and comparative analysis of the changes and breaks of paradigms so dear to the primary understanding of the right to work. It is concluded that the changes made by the labor reform are contrary to the trends in labor law and, in addition to their possible unconstitutionality, their application must be viewed with great caution, always observing if there is a real need for the application of these institutes.

Keywords: Labor reform; access to justice; social backwardness.

Efetivação do Princípio Constitucional da Vedação ao Retrocesso Ambiental: Bases Teóricas para a Resolução da Colisão entre Princípios Constitucionais

Thiago Flores dos Santos

Doutorando em Direito Constitucional. Professor universitário. E-mail: thiagoflores.adv@gmail.com

Ana Carla Pinheiro Freitas

Professora do Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza. E-mail: cpinheirofreitas@yahoo.com.br

Wastony Aguiar Bittencourt

Doutorando em Direito Constitucional na UNIFOR. E-mail: bwastony@hotmail.com

Resumo: No contexto atual de crise ambiental faz-se necessário abordar os limites para as alterações legislativas que intentem suprimir ou reduzir o âmbito de proteção ao meio ambiente instituído pelas normas regulamentadoras do art. 225 da Constituição da República de 1988. Por meio de pesquisa bibliográfica e dos métodos analítico e descritivo, aborda-se na presente pesquisa as bases teóricas para a efetivação do princípio da vedação ao retrocesso ambiental no Brasil. Busca-se analisar os fundamentos e critérios para a aplicação do mencionado princípio, uma vez que tem sido recorrente a sua arguição perante os tribunais. Como resultado, demonstra-se que não há no ordenamento jurídico princípios que em tese sejam considerados como absolutos ou prevalentes, entretanto, na edição de instrumentos normativos que reduzam ou suprimam o âmbito de proteção ambiental estabelecido por norma regulamentadora do art. 225 da Constituição da República de 1988, há necessidade de observância de critérios voltados a assegurar um mínimo existencial ecológico direcionado para propiciar uma condição de vida que seja digna em seus múltiplos aspectos.

Palavras-chave: Mínimo existencial ecológico. Princípios constitucionais. Proibição de retrocesso ecológico.



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA

João Pessoa, Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas

Efetivação do Princípio Constitucional da Vedação ao Retrocesso Ambiental: Bases Teóricas para a Resolução da Colisão entre Princípios Constitucionais

Thiago Flores dos Santos

Ana Carla Pinheiro Freitas

Wastony Aguiar Bittencourt

1 INTRODUÇÃO

O arcabouço legal ambiental brasileiro é formado de normas federais, estaduais e municipais, bem como, de normas técnicas, portarias, regulamentos, dentre outros instrumentos normativos que objetivam criar mecanismos de proteção e defesa dos ecossistemas e a manutenção do equilíbrio ecológico, compatibilizando-a com a necessidade de exploração racional dos recursos naturais para o desenvolvimento das atividades humanas, tendo como principal fundamento legal o art. 225 da Constituição da República de 1988.

O processo de formação do arcabouço ambiental brasileiro sofreu influência direta dos mecanismos internacionais elaborados no âmbito da Organização das Nações Unidas relacionados à proteção ambiental, especialmente, o Relatório Brundtland (intitulado “Nosso Futuro Comum”) de 1987, no qual se conceitua que o desenvolvimento

Efetivação do Princípio Constitucional da Vedação ao Retrocesso...

sustentável é aquele que satisfaz as necessidades presentes sem comprometer a capacidade das gerações futuras de suprir as suas próprias necessidades.

A legislação ambiental no Brasil é recente, visto que a maior parte dos instrumentos normativos foi editada e/ou alterada nas últimas décadas. A partir do estipulado no art. 225 da Constituição da República de 1988, o legislador infraconstitucional passou a ter um dever fundamental relacionado à manutenção do “meio ambiente ecologicamente equilibrado” e à necessidade de “defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

Trata-se de mandamento constitucional cuja aplicabilidade tem sido objeto de discussões, considerando os permanentes conflitos entre a necessidade de proteger e defender o meio ambiente e a necessidade de exploração econômica e desenvolvimento nacional. Essas discussões se materializam, especialmente, no momento da edição de leis ambientais, as quais sofrem diretamente influência dos interesses de diversos grupos sociais, seja pela necessidade de efetivação de políticas públicas, pela redução dos custos ambientais, a pretexto de possibilitar ou não retardar o crescimento econômico do país, dentre outros motivos.

Nesse contexto, surge uma antinomia entre normas e princípios constitucionais, resultando em debates por juristas e doutrinadores do direito, acerca da infringência pelo legislador aos postulados constitucionais relacionados ao direito à “manutenção do meio ambiente ecologicamente equilibrado” e ao dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações, a partir do reconhecimento do princípio da vedação ao retrocesso ambiental.

Essas discussões não raramente demandam a atuação do Supremo Tribunal Federal, como vem ocorrendo no caso das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n.º 4901, 4902 e 4903, que questionam dispositivos do Novo Código Florestal (Lei n.º 12.651/2012), sendo que ponderar direitos e princípios fundamentais

Efetivação do Princípio Constitucional da Vedação ao Retrocesso...

na busca de uma solução para um conflito jurídico é atividade consideravelmente complexa.

As questões envolvendo a aplicação do princípio constitucional da vedação do retrocesso ambiental, em regra, envolvem tanto a colisão entre princípios, quanto o conflito entre direitos fundamentais. Quando se afirma que determinada lei ou dispositivo é ilegal por reduzir ou suprimir o nível de proteção ambiental, estar-se buscando resguardar instrumentos normativos e princípios constitucionais, de acordo com o peso atribuído pelas partes.

Deste modo, pretende-se analisar por meio do presente artigo os fundamentos teóricos do princípio da vedação ao retrocesso ambiental, visto que apesar do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado ter surgido com a Constituição da República de 1988, as bases teóricas para a vedação ao retrocesso ambiental são antecedentes e estão relacionadas com a vedação ao retrocesso dos direitos sociais.

Também constitui objetivo da presente pesquisa analisar alguns dos principais processos judiciais levados à apreciação do Supremo Tribunal Federal que versam sobre a vedação ao retrocesso ambiental, de modo que seja possível compreender a argumentativa presente nessas demandas judiciais e se há prevalência do referido princípio nos julgamentos da suprema corte.

Por fim, é objeto do presente estudo a realização de uma reflexão acerca da colisão entre princípios constitucionais, utilizando-se como referência teórica o princípio da vedação ao retrocesso ambiental. Trata-se de temática atual e de profunda relevância aos operadores do direito uma vez que tem sido frequente a arguição do princípio da vedação ao retrocesso ambiental em demandas levadas à apreciação do Supremo Tribunal Federal, em especial, nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade n.º 4901, 4902 e 4903.

2 FUNDAMENTOS TEÓRICOS DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO AMBIENTAL

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado previsto no art. 225 da Constituição da República de 1988 é um direito fundamental da pessoa humana, de terceira dimensão, decorrente do reconhecimento da influência antrópica para a deterioração das condições ambientais, resultado da intenção do legislador de constitucionalização da tutela do ambiente para a manutenção de um meio ambiente sadio que proporcione qualidade de vida para as presentes e futuras gerações.

Como destaca Silva (2000, p. 818), esse direito está diretamente relacionado com o direito à vida e por isso deve ser tratado de forma preponderante, pelo que, comenta o autor que como matriz de todos os demais direitos fundamentais o direito à vida deve ser orientador de todas as formas de atuação na tutela do meio ambiente, sendo um valor preponderante que há de estar acima de quaisquer considerações como as de desenvolvimento, de respeito ao direito de propriedade e da iniciativa privada.

O princípio da vedação ao retrocesso ambiental encontra-se implícito no art. 225 da Constituição da República de 1988, constituindo o núcleo central do arcabouço normativo do Direito Ambiental, visto estar relacionado diretamente com a manutenção do “meio ambiente ecologicamente equilibrado” e confere segurança jurídica às normas de proteção ao meio ambiente.

Por meio do princípio da vedação ao retrocesso ambiental, mesmo diante da edição de normas a pretexto de incentivo ao crescimento de segmentos da economia, de promover o

Efetivação do Princípio Constitucional da Vedação ao Retrocesso...

aproveitamento da propriedade ou o desenvolvimento nacional, bem como, em observância de outros interesses da sociedade, as conquistas ambientais obtidas a partir do arcabouço legal vigente, não podem ser reduzidas ou suprimidas. Logo, trata-se de impedimento à atuação do legislador que intente reduzir ou suprimir o nível de proteção jurídica conferida por norma regulamentadora do art. 225 da Constituição da República de 1988.

As elaborações doutrinárias acerca do princípio da vedação ao retrocesso ambiental estão diretamente relacionadas com o princípio da proibição de retrocesso social, que recebeu diversas denominações pela doutrina como: princípio do não retrocesso social; princípio da evolução reacionária; princípio do efeito *cliquet*; princípio da vedação da contra evolução social; e, por fim, de princípio da vedação (ou proibição) à estagnação social.

O princípio da vedação ao retrocesso dos direitos sociais, ambientais, econômicos e culturais atribui ao legislador e ao administrador público um dever atrelado à necessidade de garantia de segurança jurídica à estabilidade e eficácia de direitos fundamentais. Está diretamente relacionado com a manutenção das bases do Estado Democrático de Direito e com o princípio da dignidade da pessoa humana, e objetiva a proteção dos direitos sociais, ambientais, econômicos e culturais diante de possíveis casuísmos políticos ou interesses econômicos que intentem suprimir ou reduzir o acesso a esses direitos constitucionais efetivados por meio de norma regulamentadora ou políticas públicas.

Conforme menciona Caporali (1998, p. 143) o conceito de desenvolvimento econômico que começou a ser utilizado a partir do final da Segunda Guerra Mundial era pautado em premissas que visavam o processo de utilização cada vez mais intenso de capital, de redução de mão de obra e utilização extensiva dos recursos naturais, operando uma total inconsciência com as repercussões ambientais e degradação ecológica derivada das atividades econômicas.

Efetivação do Princípio Constitucional da Vedação ao Retrocesso...

O ideário do desenvolvimento econômico a qualquer custo que impulsionou o processo de industrialização ocidental após a Segunda Guerra Mundial apresenta-se em posição antagônica a necessidade de preservação ambiental, de modo que há necessidade de refletir acerca de estruturas teóricas, normativas e de arranjos institucionais, que promovam um desenvolvimento que seja sustentável.

Conforme Leff (2006, p. 52-53) a forma particular de articulação das determinações do ecossistema, a língua, a cultura e o modo de produção são específicos de cada formação social sendo que a intervenção mais ou menos forte do capital e dos Estados nacionais modificam estas modalidades de transformação do meio ambiente e dos estilos culturais pela introdução de novas técnicas e modelos produtivos, revestindo as formações sociais não capitalistas em objetos complexos.

Em virtude da nocividade do modelo capitalista contemporâneo ao meio ambiente emerge uma crise ambiental que se caracteriza pela poluição, esgotamento de recursos naturais e elevados padrões de consumo. A partir da Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente Humano, realizada em junho de 1972 em Estocolmo, na Suécia, na qual produziu-se a Declaração de Estocolmo, houve a inserção definitiva das preocupações ambientais na agenda global e um movimento dos Estados para a constitucionalização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações.

Nesse sentido, o princípio da vedação ao retrocesso ambiental apresenta-se como um instrumento a ser utilizado pelo Poder Público para assegurar-se a efetividade do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem como, da dignidade da pessoa humana, o que somente é possível através de um modelo de desenvolvimento que seja sustentável.

Barroso (2001, p. 158) menciona a respeito do princípio da vedação ao retrocesso que não é expresso, mas decorrente do sistema jurídico constitucional, entende-se que uma lei ao regulamentar um

Efetivação do Princípio Constitucional da Vedação ao Retrocesso...

mandamento constitucional ou instituir determinado direito, incorpora-se ao patrimônio jurídico da cidadania não podendo ser absolutamente suprimido.

Conforme Marquéz, Buenavista e Léon (2016, p. 592), tratando do princípio em comento no âmbito da legislação e jurisprudência ambiental mexicana, o princípio de não regressão ou de não retrocesso consiste em que o arcabouço normativo e a jurisprudência ambiental não deveriam ser revisadas se isso resultar no retrocesso a respeito dos níveis de proteção alcançados anteriormente¹⁰.

Por meio do princípio em estudo, entende-se que fica vedada a atuação do legislador e do administrador público que intente a supressão de um direito fundamental de natureza social, ambiental, econômico ou cultural regulamentado ou efetivado na sociedade por meio de políticas públicas, sem o estabelecimento de uma compensação ou um direito equivalente, possuindo uma relação direta com a necessidade de manutenção do núcleo essencial de um direito fundamental regulamentado.

Os autores Sarlet e Fensterseifer (2011, p. 876) mencionam que a proibição do retrocesso está vinculado à noção de um direito subjetivo negativo, no sentido da possibilidade de se impugnar qualquer medida contrária aos parâmetros estabelecidos pela Constituição, seja na seara das normas denominadas de constitucionais programáticas ou normas impositivas de legislação resultando no reconhecimento de uma eficácia negativa das normas constitucionais a partir da consideração do princípio da vedação ao retrocesso.

Com a revogação de uma lei que regulamenta um dispositivo constitucional voltado à concretização de direitos fundamentais fulmina-se o núcleo essencial desse dispositivo, tornando-o sem eficácia e resultando no desaparecimento do direito fundamental. Deste modo, tendo como fundamento a segurança jurídica, a

¹⁰ No original: “El principio de no regresión o de no retroceso consiste en que la normativa y la jurisprudencia ambiental no deberían ser revisadas si ello implica retroceder respecto a los niveles de protección alcanzados con anterioridade.”

Efetivação do Princípio Constitucional da Vedação ao Retrocesso...

dignidade da pessoa humana e a necessidade de manutenção das bases essenciais do Estado Democrático de Direito, é vedado que uma norma constitucional que estabeleça um direito social, ambiental, econômico ou cultural, dotada da necessária efetividade, deixe de produzir seus efeitos por uma atuação do legislador infraconstitucional ou do administrador público, sem que haja uma compensação necessária e razoável que mantenha o núcleo essencial do direito atingido.

Por estar relacionado com o princípio da dignidade da pessoa humana e com o princípio da segurança jurídica e devido à necessidade de se assegurar os direitos fundamentais previstos no texto da Constituição, a vedação ao retrocesso vem sendo discutido na doutrina e jurisprudência como uma teoria relacionada à efetividade das normas constitucionais e à noção de mínimo existencial ecológico e núcleo essencial do direito fundamental.

Segundo Barroso (2006, p.877) uma importante conquista para o constitucionalismo brasileiro ficou conhecido como a doutrina da efetividade que busca tornar as normas constitucionais aplicáveis direta e imediatamente, na extensão máxima de sua densidade normativa, sendo as normas constitucionais, como as normas jurídicas em geral, dotadas do atributo da imperatividade e que contêm comandos os quais se forem violados possibilita a atuação do titular do direito ou de alguém com legitimação ativa para protegê-los de ir a juízo postular a sua reparação e restauração da ordem jurídica.

Assim, há um direcionamento do Poder Judiciário no Brasil para o alcance da máxima efetividade das normas e princípios constitucionais sendo previstos na legislação os instrumentos para a proteção de bens jurídicos afetados, como a Ação Civil Pública (Lei n.º 7.347/85), o Mandado de Injunção (Lei n.º 13.300/2016), o Mandado de Segurança (Lei n.º 12.016/2009), dentre outros meios de tutela de direitos individuais e coletivos.

3 A VEDAÇÃO AO RETROCESSO AMBIENTAL NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

O princípio da vedação ao retrocesso ambiental ainda é pouco difundido na jurisprudência pátria, pelo que, passar-se-á a analisar aspectos específicos de alguns dos principais processos que indicam o reconhecimento do princípio, levando-se em consideração a atuação perante o Supremo Tribunal Federal, no exercício da função de Corte Constitucional, nos termos do art. 102 da Constituição da República de 1988.

3.1 Ações Diretas de Inconstitucionalidade n.º 4901/13, 4902/13 e 4903/13 que questiona dispositivos da Lei n.º 12.651/2012 (Novo Código Florestal Brasileiro)

Com a edição da Lei n.º 12.651, de 25 de maio de 2012, denominada de Novo Código Florestal Brasileiro, foram interpostas pela Procuradoria Geral da República – PGR as Ações Diretas de Inconstitucionalidade n.º 4901/13, 4902/13 e 4903/13, em que são questionados, com base nos postulados referentes ao princípio da vedação ao retrocesso ambiental, dispositivos legais que disciplinam

Efetivação do Princípio Constitucional da Vedação ao Retrocesso...

os limites da área de preservação permanente, bem como, os que tratam da reserva legal e da anistia de multas e outras medidas na recuperação de áreas desmatadas¹¹.

Destaca-se a argumentação mencionada pela Procuradoria Geral da República – PGR que requer o reconhecimento pelo STF do princípio da vedação ao retrocesso ambiental. Nesse sentido, mencionou o *parquet* na ADI n.º 4901/13:

Como será demonstrado a seguir, a Lei aprovada, em diversos dispositivos, ao **diminuir o padrão de proteção ambiental ou mesmo extinguir espaços territorialmente protegidos, ofende mandamentos constitucionais explícitos**, justificando-se, por esse motivo, a abertura da via do controle abstrato de constitucionalidade” (grifo nosso).

Do mesmo modo, mencionou a PGR que “é forçoso reconhecer que o legislador infraconstitucional atingiu o núcleo fundamental do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, negando-lhe vigência e retirando sua força normativa”, para em seguida mencionar que “além de afrontar os deveres fundamentais, as normas impugnadas violam o princípio da vedação de retrocesso social, pois, de forma geral, estabelecem um padrão de proteção ambiental manifestamente inferior ao anteriormente existente”.

Tais assertivas foram fielmente reproduzidas nos textos das ADI’s n.º 4901/13 4902/13 e 4903/13, as quais questionam

¹¹ Nas ADI n.º 4901/13, 4902/13 e 4903/13 são apontadas inconstitucionalidades em diversos dispositivos da Lei n.º 12.651/2012, dentre as quais se destacam: a redução da reserva legal em virtude da existência de terras indígenas e unidades de conservação no território municipal (art. 12, §§ 4º e 5º); a autorização para o cômputo de áreas de preservação permanente no percentual de reserva legal (art. 15); o estabelecimento de imunidade à fiscalização e anistia de multas (art. 59, §§ 4º e 5º); a permissão de consolidação de danos ambientais decorrentes de infrações à legislação de proteção às áreas de preservação permanentes, praticados até 22 de julho de 2008 (art. 61-A, 61-B, 61-C e 63); a dispensa de recomposição, compensação ou regeneração de reserva legal (Art. 68); as alterações da área de preservação permanente e reserva legal (art. 3º, incisos VIII, alínea b, IX, XVII, XIX e parágrafo único; art. 4º, III, IV, parágrafos 1º, 4º, 5º, 6º; art. 5º, 8º, parágrafo 2º; art. 11 e 62), dentre outros.

Efetivação do Princípio Constitucional da Vedação ao Retrocesso...

dispositivos distintos da Lei n.º 12.651/2012, entretanto, um aspecto comum nas ações em questão é a intenção de conduzir o Poder Judiciário ao reconhecimento do princípio da vedação ao retrocesso ambiental, com base no previsto no art. 225 da Constituição da República de 1988, vinculando as alterações propostas ao núcleo fundamental do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Em 28 de fevereiro de 2018, o Supremo Tribunal Federal julgou as ações em questão acerca do Novo Código Florestal, havendo a declaração de inconstitucionalidade de dois dispositivos dentre os quarenta dispositivos legais que foram questionados, permitindo-se em certa medida a redução do âmbito de proteção ambiental conferido pela Lei n.º 4.771 de 15 de setembro de 1965, revogada pela Lei n.º 12.651, de 25 de maio de 2012, como por exemplo, ao considerar constitucional a redução da reserva legal em municípios na Região Amazônica que tenham mais da metade de seus territórios ocupado por terras indígenas e unidades de conservação.

Apesar de que não houve o reconhecimento expresso pelo Supremo Tribunal Federal do princípio da vedação ao retrocesso ambiental nas referidas ações diretas de inconstitucionalidade, destaca-se a ampla arguição por parte do Ministério Público Federal para que não houvesse a redução ou supressão do âmbito de proteção ambiental conferida por norma regulamentadora, no caso a Lei n.º 4.771 de 15 de setembro de 1965.

3.2 Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5.447/DF sobre os efeitos do Decreto Legislativo n.º 293, de 10 de dezembro de 2015 e da Portaria Interministerial n.º 192, de 05 de outubro de 2015, do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento e do Ministério do Meio Ambiente

Efetivação do Princípio Constitucional da Vedação ao Retrocesso...

Em janeiro de 2016 foi proposta pela Exma. Sra. Presidente da República a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5.447/DF em face do Decreto Legislativo n.º 293 de 10 de dezembro de 2015. O mencionado ato normativo emitido pelo Congresso Nacional, com base no art. 49, V da Constituição da República de 1988 suspendeu os efeitos da Portaria Interministerial n.º 192, de 05 de outubro de 2015, do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento e do Ministério do Meio Ambiente, que determinava a suspensão dos períodos de defeso da pesca em diversas localidades, ocasião em que se veda temporariamente a atividade pesqueira, em especial, durante seus períodos de reprodução, nos termos do art. 2º, XIX da Lei n.º 11.959/2009¹².

Em que pese ter sido emanado provimento jurisdicional acautelatório da lavra do Exmo. Sr. Presidente do Supremo Tribunal Federal, Min. Ricardo Lewandowski, para suspender os efeitos do Decreto Legislativo n.º 293/2015, tal decisão fora revogada posteriormente a partir da reanálise dos fatos e evidenciando-se a inexistência de qualquer estudo técnico que demonstrasse a desnecessidade de manutenção da medida, de forma a embasar a suspensão do período de defeso, através de provimento emanado do Min. Luís Roberto Barroso, concedendo validade ao Decreto Legislativo n.º 293/2015 para o fim de restabelecer o defeso nas localidades atingidas pela Portaria Interministerial n.º 192, de 05 de outubro de 2015, do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento e do Ministério do Meio Ambiente, com

¹² A Portaria Interministerial n.º 192, de 05 de outubro de 2015, do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento e do Ministério do Meio Ambiente suspendeu o período do defeso em diversas localidades, com isso, desobrigando a União ao pagamento do benefício previdenciário “seguro defeso”, sendo apresentadas, em suma, as seguintes justificativas na ADI: os dados disponíveis sobre algumas espécies seriam precários, não constituindo evidência da necessidade atual de sua proteção; a existência de indícios de fraude no pagamento do seguro defeso nessas localidades, o qual consome mais de R\$ 1,6 milhões; e, por fim, que houve exorbitância do poder regulamentar do Congresso Nacional com a aprovação do Decreto Legislativo n.º 293/2015, por violação ao princípio constitucional da separação dos poderes e a previsão de competência exclusiva do Poder Executivo de regulamentar o período de defeso, nos termos do art. 3º da Lei n.º 11.959/2009.

Efetivação do Princípio Constitucional da Vedação ao Retrocesso...

fundamentação no princípio da precaução e no art. 225, *caput* e § 1º, incisos III e VII da Constituição da República de 1988.

É importante destacar que o Min. Luís Roberto Barroso na fundamentação da decisão monocrática que revogou a cautelar anteriormente concedida na ADI n.º 5.447/DF, menciona a doutrina de Sarlet e Fenstersifer (2014, p. 321) acerca da proibição de retrocesso, no sentido de que este impede qualquer tipo de restrição a direitos socioambientais, no sentido de que as medidas que possam provocar a diminuição dos níveis de proteção (efetividade) dos direitos socioambientais recai a suspeição de inconstitucionalidade, acionando um dever de submissão dessas medidas a um rigoroso controle de constitucionalidade.

Em que pese a fundamentação da decisão em comento mencionar diretamente o princípio da precaução e dispositivos constitucionais expressos, indiretamente, faz-se referência ao princípio da vedação ao retrocesso ambiental, tanto pela citação doutrinária, quanto em relação ao conteúdo decisório propriamente estabelecido pelo Min. Luís Roberto Barrosos, uma vez que é enunciado implicitamente que não se permitirá qualquer desobrigação ao cumprimento dos postulados de proteção ambiental estabelecidos em lei regulamentadora (*in casu*, a Lei n.º 11.959/2009 e atos normativos derivados) do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado previsto no art. 225 da Constituição da República de 1988, por simples casuísmo político, interesses econômicos ou sem o necessário embasamento técnico que demonstre a desnecessidade da medida protetiva do meio ambiente.

3.3 Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4218/DF que trata do controle de constitucionalidade do Decreto n.º 6.640 de 07 de novembro de 2008

Foi proposta a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4218/DF pelo Procurador Geral da República diante das alterações promovidas pelos artigos 1º e 2º do Decreto n.º 6.640/2008, relativamente à redação dos arts. 2º, 3º, 4º, 5º e 5º-A do Decreto n.º 99.556/90. Por meio da ADI são questionadas as alterações promovidas pelo Decreto n.º 6.640/2008 no que diz respeito à exploração econômica em áreas em que se localizam cavidades naturais subterrâneas, ficando estabelecidos novos critérios para eleição dos sítios que devem ou não ser preservados no processo de licenciamento ambiental¹³.

A partir da edição do Decreto n.º 6.640/2008 foram promovidas diversas alterações no regime de proteção das formações espeleológicas, sendo que uma das principais mudanças é a classificação das cavidades naturais subterrâneas “de acordo com seu grau de relevância em máximo, alto, médio ou baixo, determinado pela análise de atributos ecológicos, biológicos, geológicos, hidrológicos, paleontológicos, cênicos, histórico-culturais e socioeconômicos, avaliados sob enfoque regional e local”, nos termos do art. 1º, sendo que somente em relação àquelas cavidades classificadas com o grau máximo de relevância, não poderão haver impactos negativos irreversíveis, o que representa uma alteração significativa no regime de proteção desses bens, uma vez que o Decreto n.º 99.556/90 previa a necessidade de assegurar a integridade física e manutenção do equilíbrio ecológico de qualquer tipo de cavidade natural subterrânea e de sua área de influência, definindo-se a exigência de Estudo de

¹³ As principais alegações da Procuradoria Geral da República versam sobre: i) a impossibilidade de redução do regime normativo de proteção às formações espeleológicas por meio de decreto, uma vez que por força do art. 225, § 1º, III da Constituição da República de 1988, tais alterações somente poderiam realizadas mediante Lei derivada do Congresso Nacional; ii) ofensa ao art. 84, IV da CR/88 (“*Compete privativamente ao Presidente da República: VI – dispor, mediante decreto, sobre: a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos*”); iii) ofensa ao art. 2º da CR/88, que trata do Princípio da Separação dos Poderes, uma vez que o Decreto n.º 6.640/2008 regulamenta temática reservada ao Congresso Nacional.

Efetivação do Princípio Constitucional da Vedação ao Retrocesso...

Impacto Ambiental – EIA para as intervenções que pudessem resultar em impactos ambientais diretos ou indiretos¹⁴.

Apesar do conteúdo da ADI n.º 4218/DF tratar sobre a questão da atribuição constitucional para legislar acerca das cavidades subterrâneas, por meio da intervenção no processo da Sociedade Brasileira de Espeleologia – SBE, na qualidade de *amicus curiae*, suscitou-se o princípio da vedação ao retrocesso ambiental, uma vez que ficou estabelecida no Decreto n.º 6.640/2008 a possibilidade de intervenção em cavidades de relevância baixa, média e alto, em detrimento do previsto no Decreto n.º 99.556/90, em que qualquer intervenção estava condicionada à elaboração de EIA.

O Supremo Tribunal Federal, na decisão jurisdicional referente a ADI n.º 4218/DF ficou silente no que diz respeito à argumentação da Sociedade Brasileira de Espeleologia – SBE relativa à necessidade de reconhecimento do princípio da vedação ao retrocesso ambiental, até mesmo em virtude de que as bases teóricas acerca do referido postulado principiológico são recentes no direito pátrio, entretanto, em que pese a ausência de manifestação é importante registrar que o princípio da vedação ao retrocesso ambiental vem sendo arguido com relativa frequência perante o Supremo Tribunal Federal.

4 A EFETIVIDADE DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO AMBIENTAL E A COLISÃO ENTRE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

A questão relativa à efetividade do princípio da vedação ao retrocesso passa por uma reflexão sobre a função dos princípios no ordenamento jurídico. De acordo com Sundfeld (1998, p. 136), os princípios são ideias fundamentais do sistema jurídico que detêm a

¹⁴ Art. 3º do Decreto n.º 99.556/90, que foi revogado.

Efetivação do Princípio Constitucional da Vedação ao Retrocesso...

função de conferir a esse sistema sentido lógico, harmonioso e racional, facilitando a compreensão de seu funcionamento.

Para Bertoncini (2002, p. 36) trata-se de espécie normativa que pode ser expressa ou implícita no ordenamento jurídico e desempenha relevante papel na interpretação do direito, sendo fonte axiológica da qual derivam normas particulares e, por um outro prisma, norma a que se pode chegar através de um processo inverso, de generalização, desse modo, podendo-se até da regra particular chegar-se ao vetor principiológico.

Quando esses princípios derivam da Constituição ocorre a guarda de valores fundamentais da ordem jurídica podendo, segundo Rocha (1999, p. 47), *revogar* as normas anteriores e *invalidar* as posteriores que lhes sejam irreduzivelmente incompatíveis funcionando essencialmente como limitadores à atuação do legislador, administrador e, até mesmo, vinculante em relação ao Poder Judiciário.

O princípio da vedação ao retrocesso ambiental encontra-se implícito na Constituição da República de 1988, atrelado ao direito fundamental disposto no art. 225, que estabelece o direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. No direito comparado, em países como a Alemanha¹⁵ e em Portugal¹⁶, há previsão expressa do princípio atrelado à concretização de direitos fundamentais.

Por ser um princípio constitucional está sujeito aos conflitos com outras normas e princípios constitucionais, sendo a ponderação uma forma eficaz de equalizar os conflitos jurídicos. Nesse sentido, leciona o doutrinador alemão Alexy (2011, p. 94) acerca da colisão entre regras e princípios que conflitos entre regras ocorrem na dimensão da

¹⁵ A Lei Fundamental de Bonn, de 23 de maio de 1949, estabelece no artigo 19 que “Na medida em que, segundo esta Lei Fundamental, um direito fundamental possa ser restringido por lei ou em virtude de lei, essa lei tem de ser genérica e não limitada a um caso particular. Além disso, a lei terá de citar o direito fundamental em questão, indicando o artigo correspondente” e que “Em nenhum caso, um direito fundamental poderá ser violado em sua essência”.

¹⁶ A Constituição da República Portuguesa, de 02 de abril de 1976, estabelece no art. 18 que “As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de se revestir de caráter geral e abstrato e não podem ter efeito retroativo, nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais”.

Efetivação do Princípio Constitucional da Vedação ao Retrocesso...

validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso, sendo utilizado o sopesamento de interesses no caso concreto, sem que se elimine a validade do núcleo central dos princípios colidentes, diante de impossibilidade da utilização dos critérios da especialidade, hierarquia ou cronologia, utilizados tradicionalmente na resolução de conflitos entre normas jurídicas.

Logo, não há relação de prevalência entre princípios constitucionais, sendo que no caso concreto deve ser avaliada pelo Estado-Juiz qual interesse ou direito fundamental deverá prevalecer, sem que haja a aniquilação do núcleo essencial do direito fundamental que sucumbiu. Independentemente da forma de controle de constitucionalidade, se difuso ou concentrado, deverá ser mantido o núcleo essencial do direito fundamental de origem social, ambiental, econômico ou cultural.

Conforme Xerez (2014, p. 270) o critério a ser adotado como solução de colisões entre normas de direito fundamental deve ser a ponderação de valores, que permite ao julgador decidir, entre direitos fundamentais distintos que gozam do mesmo grau de proteção jurídica, qual deverá prevalecer diante das circunstâncias do caso concreto. Nesse caso, será exarada a norma do caso concreto ou “norma de decisão”.

Apesar de que o objetivo do princípio da vedação ao retrocesso ambiental é a proteção de um interesse difuso, o mesmo não se encontra em posição de prevalência em relação aos demais princípios e normas constitucionalmente previstas, sendo submetido às regras de ponderação, entretanto, devendo ser mantido o mínimo existencial ecológico relacionado ao direito fundamental de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, previsto no art. 225 da Constituição da República de 1988.

Acerca do mínimo existencial ecológico, o autor Ayala (2011, p. 1054) leciona que decorre da combinação do exercício da iniciativa

Efetivação do Princípio Constitucional da Vedação ao Retrocesso...

estatal e dos particulares, objetivando assegurar a proteção de níveis de qualidade dos recursos naturais, que sejam indispensáveis para que se possa assegurar um conjunto de realidades existências dignas ao homem em um Estado de direito que é social, democrático e ambiental.

O mínimo existencial ecológico possui uma relação indissociável com a dignidade da pessoa humana, uma vez que não é possível propiciar condições de vida digna sem que haja a qualidade do meio ambiente em seus múltiplos elementos. Essa relação traduz-se no dever do Estado e da coletividade de assegurar a fruição de condições ambientais mínimas para as presentes e futuras gerações com vistas a se resguardar o próprio direito à vida.

Sarlet e Fensterseifer (2014, p.133) relacionam o reconhecimento da garantia do mínimo existencial socioambiental como condição de possibilidade para o próprio exercício dos demais direitos fundamentais, sejam eles direitos de liberdade, sejam direitos sociais ou mesmo os direitos de solidariedade, como é o caso do próprio direito ao ambiente. Com isso, afirmam os autores, a condição de vida digna às presentes e futuras gerações passa a ser considerado o objetivo finalístico das relações sociais econômicas, bem como, da ação estatal.

Como exemplo de aplicação do princípio relacionado ao direito fundamental previsto no art. 225 da Constituição da República de 1988, menciona-se que o legislador não poderia reduzir por meio de lei infraconstitucional a área destinada a uma unidade de conservação para permitir o uso predatório dos recursos naturais existentes nesse território, sem que haja uma justificação razoável e suficiente, fundamentada em norma constitucional, bem como, sem a definição de outro espaço territorial a ser protegido que contenha atributos ecossistêmicos semelhantes.

Deste modo, por meio do mencionado princípio decorre que a redução do âmbito de proteção de uma norma regulamentadora do art. 225 da Constituição somente é possível mediante justificação racional,

Efetivação do Princípio Constitucional da Vedação ao Retrocesso...

bem como, prevendo-se compensações ecológicas que mantenham o padrão de proteção previsto na norma ambiental originária.

Logo, depreende-se que há uma relação entre o princípio da vedação ao retrocesso ambiental com o princípio da proporcionalidade, entendido por Barroso (2010, p. 260) como a ponderação entre o ônus imposto e benefício trazido para a constatação da legitimidade da medida intentada pelo Poder Público. Qualquer supressão no nível de proteção ambiental de norma regulamentadora da Constituição deverá ser proporcional a um benefício a ser promovido ao meio ambiente.

O autor Prieur (2012, p. 15) considera imaginável um retrocesso em matéria ambiental, não se podendo considerar uma lei que, brutalmente, revogue normas antipoluição, normas sobre a proteção da natureza ou, ainda, que suprima, sem justificativa, áreas ambientalmente protegidas, sendo a regressão na seara ambiental sempre insidiosa e discreta, de modo a passar despercebida, o que a torna mais perigosa e, por isso, defende o autor, o princípio de não regressão em matéria ambiental deve ser enunciado claramente e consagrado tanto na esfera internacional quanto na nacional.

A normatização do princípio da vedação ao retrocesso no direito internacional foi difundida a partir da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, o qual é um tratado internacional recepcionado pelo direito brasileiro por meio do Decreto n.º 678/1992 e que estabelece um dever dos Estados-partes de trabalharem de forma progressiva, ou seja, sem retroceder em suas políticas públicas, no que diz respeito à efetivação de direitos sociais e sobre educação, ciência e cultura¹⁷.

¹⁷ O Pacto de São José da Costa Rica prevê no art. 26 (desenvolvimento progressivo) que “Os Estados-partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constante da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis por via legislativa ou outros meios apropriados”.

Efetivação do Princípio Constitucional da Vedação ao Retrocesso...

Outro instrumento normativo relevante no direito internacional para o reconhecimento do princípio da vedação ao retrocesso é o Protocolo de São Salvador, promulgado no direito brasileiro por meio do Decreto n.º 3.321/1999, que também apresenta a obrigação dos Estado-partes em trabalhar progressivamente para a efetividade dos direitos fundamentais¹⁸.

O autor Prieur (2012, p. 55) menciona que diversos países, como o Brasil, Portugal e Alemanha estabelecem cláusulas pétreas em suas Constituições, acrescentando que “elas podem ser interpretadas como se incluíssem os direitos humanos para o meio ambiente. [...] deveria ser possível aplicar esta limitação ao direito ambiental, que se tornou um direito fundamental, invocando-o nos tribunais nacionais e sensibilizando para a doutrina constitucional [...]”¹⁹, a partir do entendimento de que a vedação ao retrocesso possui relação com os limites estabelecidos às modificações de cláusulas pétreas, em virtude do vínculo existente entre o meio ambiente e os direitos humanos.

O princípio da vedação ao retrocesso ambiental deve ser considerado, mesmo sob a ótica da necessidade de observância de critérios objetivos para a sua aplicação, pois além de representar a efetivação de postulados fundamentais como a dignidade da pessoa humana, a segurança jurídica, dentre outros, também representa um modelo de Estado mais preocupado na efetivação de direitos sociais, ambientais, econômicos e culturais com vistas à consolidação do Estado Democrático de Direito.

¹⁸ O Protocolo de São Salvador estabelece no art. 1º (obrigação de adotar medidas) que “Os Estados Partes neste Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos comprometem-se a adotar as medidas necessárias, tanto de ordem interna como por meio da cooperação entre os Estados, especialmente econômica e técnica, até o máximo dos recursos disponíveis e levando em conta seu grau de desenvolvimento, a fim de conseguir, progressivamente e de acordo com a legislação interna, a plena efetividade dos direitos reconhecidos neste Protocolo.

¹⁹ No original: “They can be interpreted as including human rights to the environment. [...] it should be possible to apply this limitation to environmental law, which has become a fundamental right, by invoking it in national courts and raising awareness in constitutional doctrine [...]”

Efetivação do Princípio Constitucional da Vedação ao Retrocesso...

De outro modo, um Estado em que se regulamenta e efetiva um direito fundamental para que, posteriormente, se suprima o âmbito de proteção desse mesmo direito sem qualquer processo de justificação ou compensação, resulta na insegurança jurídica, o que não se coaduna com as finalidades do Estado Democrático de Direito.

Por tais aspectos defende-se a afirmação do princípio da vedação ao retrocesso como implícito na Constituição da República de 1988, aplicável em relação aos direitos fundamentais regulamentados, entretanto, sua aplicação está condicionada a aspectos ou pressupostos objetivos e específicos, uma vez que diante de outros direitos fundamentais que podem estar sendo privilegiados no caso concreto, deverá o princípio em estudo submeter-se às regras de proporcionalidade, ponderação e sopesamento.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os princípios possuem uma função integrativa do ordenamento jurídico. O princípio da vedação ao retrocesso ambiental está implicitamente previsto no art. 225 da Constituição da República de 1988, o qual estabelece o direito fundamental das presentes e futuras gerações ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, e constitui instrumento ao intérprete da norma jurídica que visa assegurar estabilidade para o arcabouço normativo ambiental.

Por meio do mencionado princípio se estabelece limites à atuação do legislador que intente em suprimir ou reduzir o âmbito de proteção ambiental estabelecido por norma regulamentadora do art. 225 da Constituição da República de 1988. Diante dos problemas ambientais contemporâneos, ocasionados pela ausência de padrões aceitáveis na interação entre homem e natureza, faz-se necessário conferir maior rigidez ao ordenamento jurídico ambiental.

Efetivação do Princípio Constitucional da Vedação ao Retrocesso...

O princípio constitucional da vedação ao retrocesso ambiental está diretamente relacionado com o direito a vida digna, entretanto, como os demais princípios de direito, não possui caráter absoluto ou prevalente, estando no caso concreto sujeito às regras de ponderação ou de sopesamento racional, uma vez que no sistema jurídico coexiste com outros princípios e regras que também possuem assento na Constituição.

Assim, não se veda a alteração legislativa que intente em suprimir ou reduzir o nível de proteção ambiental conferido por norma regulamentadora do art. 225 da Constituição, contudo, qualquer alteração legislativa deve ser precedida de verificação da razoabilidade, da manutenção do núcleo essencial da norma ambiental, bem como, de compensação pelo equivalente suprimido, a depender do caso concreto.

Como caracterização dos mencionados requisitos e aplicação integral do princípio, cita-se a proposição de instrumento normativo que intente a redução dos limites de determinada unidade de conservação, a qual deverá ser precedida de estudos técnicos que demonstrem a adequação da medida (razoabilidade), que demonstrem a medida não coloca em risco a integridade dos elementos que constituem essa unidade de conservação (núcleo essencial), devendo ser estabelecida a proteção de outro espaço protegido como medida de equivalência de forma a não reduzir o nível de proteção ambiental estabelecido na norma original (compensação).

A abordagem doutrinária do mencionado princípio torna-se ainda mais relevante na medida em que vem sendo arguida perante o Supremo Tribunal Federal, a inconstitucionalidade de leis recentes que supostamente estão suprimindo o âmbito de proteção estabelecido por norma regulamentadora do art. 225 da Constituição, como é o caso das Ações Diretas de Inconstitucionalidade – ADI n.º 4901, 4902 e 4903 que questionam a constitucionalidade de dispositivos do Novo Código Florestal (Lei n.º 12.651/2012),

Efetivação do Princípio Constitucional da Vedação ao Retrocesso...

utilizando-se como argumento central o princípio constitucional da vedação ao retrocesso ambiental.

Apesar da ausência de julgados definitivos que estabeleçam parâmetros de aplicação do princípio da vedação ao retrocesso ambiental, conclui-se que as normas ambientais não são absolutamente imutáveis, no sentido de que não podem ser reduzidas ou suprimidas, entretanto, qualquer alteração nesse sentido deve ser precedida de uma criteriosa análise de proporcionalidade e ponderação possibilitando a observação dos critérios necessários que compatibilizem a necessidade de proteção ambiental com os demais direitos fundamentais e a manutenção de um mínimo existencial ecológico voltado à manutenção da vida digna às presentes e futuras gerações.

Data de Submissão: 03/07/2018

Data de Aprovação: 21/01/2019

Processo de Avaliação: *double blind peer review*

Editor Geral: Jailton Macena de Araújo

Editor de Área: Fernando Joaquim Ferreira Maia

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Trad. Virgílio A. da Silva. São Paulo: **Malheiros** Editores, 2011.

AYALA, Patryck de Araújo. **Direito fundamental ao ambiente, mínimo existencial ecológico e proibição de retrocesso na ordem constitucional brasileira.** In: MILARÉ, Edis; MACHADO, Paulo Afonso Leme (Org). **Direito ambiental: fundamentos do direito ambiental.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição.** 6 ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2006.

Efetivação do Princípio Constitucional da Vedação ao Retrocesso...

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 2^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes. **Princípios de Direito Administrativo Brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei n.º 12.651 de 25 de maio de 2012. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa e dá outras providências. In: **Diário Oficial da União**, Brasília, 28 de maio, 2012.

BRASIL. Decreto n.º 678 de 06 de novembro de 1998. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. In: **Diário Oficial da União**, Brasília, 09 de novembro de 1992.

BRASIL. Decreto n.º 3.321 de 31 de dezembro de 1999. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais "Protocolo de São Salvador", concluído em 17 de novembro de 1988, em São Salvador, El Salvador. In: **Diário Oficial da União**, Brasília, 31 de dezembro de 1999.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4218 DF. Relator Min. Luiz Fux. Publicado no DJe de 19-10-2011. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22879536/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4218-df-stf>>. Acesso em: 26 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4901 DF. Relator Min. Luiz Fux. Publicado no DJe de 07-08-2014. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25228774/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4901-df-stf>>. Acesso em: 21 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4902 DF. Relator Min. Luiz Fux. Publicado no DJe de 10-11-2014. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/58017640/stf-20-08-2013-pg-40>>. Acesso em: 21 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4903 DF. Relator Min. Luiz Fux. Publicado no DJe de 12-12-2014. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/27507216/adi-4903>>. Acesso em: 21 out. 2017.

Efetivação do Princípio Constitucional da Vedação ao Retrocesso...

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5447 DF. Relator Min. Roberto Barroso. Publicado no DJe de 12-03-2016. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/314683320/andamento-do-processo-n-5447-acao-direta-de-inconstitucionalidade-16-03-2016-do-stf?ref=topic_feed>. Acesso em: 25 out. 2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Ação Civil Pública n.º 2004.38.02.003081-7. Juíza Fátima A. G. Afonso Archangelo. Disponível em: <<https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=2004.38.02.003081-7&secao=UBE&pg=1&enviar=Pesquisar>>. Acesso em: 26 out. 2017.

CAPORALI, Renato. Do desenvolvimento econômico ao desenvolvimento sustentável. In: VILLAS BOAS, Roberto C.; KAHN, James R. (Org). **Technological assessment and zero emission in a global world**. IATAFI/IMAAAC-UNIDO/CETEM, 1998.

CRETELLA NETO, José. **Curso de direito internacional do meio ambiente**. São Paulo: Saraiva, 2012.

LEFF, Enrique. **Epistemologia ambiental**. 4. Ed. São Paulo: Cortez, 2006.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MÁRQUEZ, José Juan Gonzáles; BUENAVISTA, Ivette Montelongo; LEÓN, Anayeli C. Cedeño. Los progresos recientes en el desarrollo del derecho ambiental mexicano: del comando y control a la reparación del daño ambiental. In: **Revista Jurídica de la Universidad Autónoma Metropolitana**. sep-dic2016, Issue 94, p571-602. 32p. Language: Spanish. , Base de dados: Fuente Académica.

PRIEUR, Michel. Princípio da proibição de retrocesso ambiental. In: SENADO FEDERAL. COMISSÃO DE MEIO AMBIENTE, DEFESA DO CONSUMIDOR E FISCALIZAÇÃO E CONTROLE (Org). **Princípio da proibição de retrocesso ambiental**. Brasília: Senado Federal, 2012.

ROSEVAL JR. STF conclui julgamento de ações sobre o Novo Código Florestal. **Estratégia OAB**. 2018. Disponível em: <https://goo.gl/wS14Tz>. Acesso em: 16 de março de 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Breves Considerações sobre os deveres de proteção do Estado e a garantia da proibição do retrocesso em matéria ambiental**. In: MILARÉ, Edis; MACHADO, Paulo Afonso Leme (Org). **Direito ambiental: fundamentos do direito ambiental**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

Efetivação do Princípio Constitucional da Vedação ao Retrocesso...

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental: Constituição, direitos fundamentais e proteção do meio ambiente.** 4^a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo.** 17^a ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2000.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público.** 3. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1998.

XEREZ, Rafael Marcílio. **Concretização dos direitos fundamentais: teoria, método, fato e arte.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

Implementation of the Constitutional Principle of the Non-Regression in Environmental Law: Theoretical Bases for Resolving the Collision Between Constitutional Principles

Thiago Flores dos Santos

Ana Carla Pinheiro Freitas

Wastony Aguiar Bittencourt

Abstract: In the current context of environmental crisis it is necessary to address the limits for legislative changes that attempt to suppress or reduce the scope of protection to the environment established by the regulatory norms of art. 225 of the Constitution of the Republic of 1988. Through a bibliographical research and analytical and descriptive methods, the present research approaches the theoretical bases for the realization of the principle of the fence to environmental regression in Brazil. It seeks to analyze the grounds and criteria for the application of the aforementioned principle since it has been recurrent its argument before the courts. As a result, it is demonstrated that there are no principles in the legal system that are considered as absolute or prevalent in the meantime, in the edition of normative instruments that reduce or suppress the scope of environmental protection established by normative rule of art. 225 of the Constitution of the Republic of 1988, there is a need for observance of criteria aimed at ensuring an ecological existential minimum aimed at providing a condition of life that is dignified in its multiple aspects.

Keywords: Ecological minimum existential. Constitutional principles. Legislative process. Prohibition of ecological regression.

As Diretivas Antecipadas de Vontade em Transtornos Mentais como Reflexo do Direito Fundamental à Liberdade: Debates Necessários

Janaína Reckziegel

Pós-Doutoranda pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Professora e Pesquisadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC. E-mail: janaina.reck@gmail.com

Orides Mezzaroba

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. E-mail: oridesmezza@gmail.com

Beatriz Diana Bauermann Coninck

Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC. E-mail: mestrebeatriz123@hotmail.com

Resumo: Este artigo visa investigar a viabilidade concreta da adesão ao instrumento das diretivas antecipadas psiquiátricas de vontade, reconhecidamente um direito fundamental, pelos pacientes acometidos de transtorno mental grave, mas não em estado emergencial. Para tanto serão discutidas noções gerais sobre as diretivas antecipadas de vontade para então, no segundo item, adentrar no estudo das diretivas psiquiátricas antecipadas de vontade e, no terceiro tópico, discorrer sobre a viabilidade das diretivas antecipadas psiquiátricas. A partir da investigação realizada por meio do método dedutivo de abordagem qualitativa com pesquisa em referências nacionais, abrangendo estudos empíricos, descobriu-se que a dificuldade em identificar diagnóstico das patologias mentais pelos médicos e a problemática da adesão ao tratamento farmacológico pela pessoa acometida de transtorno mental, são causas para a recorrência de recidivas das crises, dos internamentos e da cronicidade dos transtornos, e, por consequência, da rejeição das disposições de vontade dos pacientes pelos médicos.

Palavras-chave: Direito fundamental. Diretivas antecipadas psiquiátricas de vontade. Pacientes com transtornos mentais graves não emergenciais.



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA

João Pessoa, Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas

As Diretivas Antecipadas de Vontade em Transtornos Mentais como Reflexo do Direito Fundamental à Liberdade: Debates Necessários

Janaína Reckziegel

Orides Mezzaroba

Beatriz Diana Bauermann Coninck

1 INTRODUÇÃO

Existem situações em que a morte é o desfecho do processo natural do viver. Em outras, a abreviação da vida pode ocorrer devido a um trauma físico, a uma parada cardiorrespiratória, ou em razão de enfermidade incurável. Há pacientes que padecem acamados em estado vegetativo por anos, há outros que já estão próximos da terminalidade de vida quando se define o diagnóstico, restando recorrer a tratamentos e terapias que apenas podem oferecer melhor qualidade de vida, dentro do tempo que ainda resta, ou postergar a sobrevida.

As tomadas de decisão envolvendo procedimentos médicos naquelas ocasiões dão ensejo, muitas vezes, a conflitos internos, quando necessária e possível o julgamento do próprio doente, e a atritos familiares, quando o interessado está debilitado para decidir. Estes se veem obrigados a definir se o procedimento médico deve ou

não ocorrer e nem sempre atendem a vontade do enfermo naquela situação.

Em vista disso, com o objetivo de valorizar a autonomia e a autodeterminação do paciente, nos processos de tomada de decisão relativamente à sua saúde, e evitar mais esses aborrecimentos, as diretivas antecipadas de vontade constituem um instrumento médico e jurídico, cujas previsões antecipadamente registradas pelo próprio possível futuro doente, capaz de trazer mais conforto e tranquilidade para todos os envolvidos no processo de tratamento, não restando essa difícil tarefa apenas ao médico. Em verdade, as diretivas asseguram o exercício de manifestação de vontade do paciente e a autonomia em suas escolhas, quando em quadro de irreversibilidade no que se relaciona a sua saúde (XEREZ; PINTO, 2018).

Maiores dificuldades são encontradas para pacientes com transtornos mentais graves que não se encontrem em situações emergenciais que garantem ao médico o dever de evitar danos à saúde e à vida do paciente, independentemente da vontade deste ou de sua família. Esse é um ponto nebuloso para a delimitação da autonomia do paciente e, muitas vezes, uma barreira intransponível para o médico.

Em vista disso, o objetivo deste artigo é apresentar as diretivas antecipadas de vontade com os seus conceitos e regras gerais bem como as diretivas antecipadas psiquiátricas, e analisar a viabilidade das diretivas antecipadas psiquiátricas para pacientes com transtorno mental severo que não estejam em situação de urgência ou emergência. Para tanto, utilizou-se da metodologia dedutiva de abordagem qualitativa com pesquisa em referências nacionais abrangendo estudos empíricos.

O artigo estrutura-se da seguinte forma: inicialmente apresenta-se um conceito geral sobre as diretivas antecipadas de vontade, entendendo que as mesmas subdividem-se em testamento vital e mandato duradouro. Na sequência, analisa-se a aplicação histórica das diretivas antecipadas no Brasil, apresentando fatos e legislações que tem sido base da utilização desses instrumentos no país, dando especial destaque a Resolução do Conselho Federal de

Medicina nº1995/2012. Após discute-se a respeito das diretivas antecipadas no que se relaciona ao paciente psiquiátrico, abordando-se a questão da capacidade psicológica e aquela prevista legalmente. Por fim, discute-se a respeito da viabilidade concreta das diretivas psiquiátricas de vontade para pacientes com transtornos mentais severos em situações não emergenciais.

2 CONTEXTUALIZANDO AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE

A diretiva antecipada de vontade (DAV) é um documento em que constam as vontades de um indivíduo para possíveis situações antes do óbito, em que este se manifesta em relação às condutas a serem tomadas em caso de incapacidade. O paciente pode previamente exprimir seus desejos em relação ao tratamento de saúde que será utilizado em seus momentos finais de existência. Nas diretivas, o paciente manifesta o direito de exercer livremente o Princípio da Autonomia, baseado no fundamento da Dignidade Humana (GOUVEIA, 2017). Além disso, a diretiva antecipada também serve como documento de defesa para o médico, em caso de responsabilização pelo uso de determinados tratamentos e cuidados escolhidos pelo paciente (GAUW et al., 2017).

No entanto, é necessário que se esclareça que, trata-se de um gênero de manifestação de vontade, que é constituído pelo testamento vital e o mandato duradouro. Nesse sentido, verifica-se que o testamento vital é realizado com o paciente em estado mental preservado, com capacidade de redigir suas vontades em relação aos cuidados, tratamentos e procedimentos para quando encontrar-se em situação de cuidados paliativos ou doença de prognóstico reservado.

As Diretivas Antecipadas de Vontade em Transtornos Mentais...

Deve ser redigido com auxílio de um médico de confiança do paciente, que terá como função orientá-lo em relação aos termos técnicos, sem influenciá-lo em suas decisões. Em relação ao mandato duradouro, trata-se de nomeação de pessoa de confiança do paciente, que deverá ser consultada pelos médicos, quando necessário tomar alguma decisão em relação ao tratamento ou para esclarecer alguma dúvida em relação ao testamento vital, quando isto for impossível ao paciente (GAUW et al., 2017).

Historicamente o processo de aceitação das diretivas antecipadas de vontade no Brasil tem sido lento e progressivo. As primeiras iniciativas foram vistas no âmbito da Associação Brasileira de Cuidados Paliativos, fundada em outubro de 1997, visando à implantação e à divulgação dos cuidados paliativos por meio de pesquisas e educação (SERRANO, 2012, p. 7). Já em 17 de março de 1999, o Estado de São Paulo, através do inciso XXIII, do artigo 2º, da Lei Estadual nº 10.241, preocupou-se com os direitos dos usuários do serviço de saúde de recusar tratamentos extraordinários ou dolorosos para buscar o prolongamento da vida de pacientes terminais sem chances de cura.

A Lei foi sancionada pelo Governador Mário Covas, que vinha sofrendo de carcinomatose meníngea (tumor na bexiga) quando aprovou a norma, vindo a falecer em 2001. O caso do ex-governador de São Paulo inaugurou a temática da ortotanásia no Brasil, eis que ele preferiu passar os seus últimos dias ao lado da família, em casa, recebendo cuidados paliativos com medicações para minimizar a dor, em vez de se submeter a intervenções invasivas e à internação (MANSUR; MARQUES, 2011, p. 1-3; MUSTAFA, 2010)²⁰.

²⁰ O papa João Paulo II também escolheu suspender as intervenções para sua sobrevida e optou por morrer em casa, no Palácio Apostólico, no Vaticano, sendo medicado para dor de artrite e Mal de Parkinson, vindo a falecer em 2 de abril de 2005. Da mesma forma a decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, a Apelação Cível nº 70042509562, em que o filho da paciente incapaz (que sofria de insuficiência renal descompensada) pleiteava a recusa da hemodiálise na mãe, uma vez que do procedimento pudesse incorrer risco de vida. O Tribunal acatou o pedido entendendo que o filho estava acolhendo o desejo da mãe com base na Resolução nº 1.805/2006. Nesse sentido também no mesmo Tribunal, em 20 de novembro de 2013, na Apelação Cível nº 70054988266, em que o paciente “usuário-morador do Hospital Colônia Itapuã e ex-hanseniano”, recusou-se ao

Em novembro de 2006, a Câmara Técnica sobre Terminalidade da Vida do Conselho Federal de Medicina editou a Resolução nº 1.805, que permitiu ao médico restringir ou suspender tratamentos que apenas prolonguem a sobrevivência de pacientes terminais acometidos por enfermidade grave e incurável, devendo, contudo, prestar cuidados necessários no sentido de minimizar a dor e o sofrimento, respeitando-se a vontade do paciente ou de seu representante legal (art. 1º). A referida Norma previu que toda assistência precisa almejar o bem-estar físico, social, psíquico e espiritual, e, em caso de preferência, receber alta hospitalar. A Resolução ampara o direito de informação do paciente, ou do representante legal, a respeito das terapias adequadas à doença (art. 1º, § 1º), bem como de sua declaração constar em prontuário (art. 1º, § 2º).

O Código de Ética Médica, em vigor desde 22 de março de 2010, sobre a terminalidade da vida, reafirmou o conteúdo da Resolução nº 1.805/2006. Nos casos clínicos irreversíveis e terminais, a disciplina que procedimentos de diagnose e terapias “desnecessárias” devem ser evitados, preferindo-se cuidados paliativos (capítulo 1, XXII). O Código vedou ao médico abreviar a vida do paciente, mesmo contrariando o pedido deste ou de seu representante legal (capítulo V, art. 41). Se o paciente se encontrar em condição terminal de vida, o médico não pode empregar condutas obstinadas e inúteis recorrendo sempre aos cuidados paliativos, sem, contudo, deixar de levar em consideração a vontade do paciente ou de seu representante legal (capítulo 1, XXII).

A importância da temática sobre a terminalidade da vida ganhou *status* de princípio fundamental no cenário jurídico, e a Resolução nº 1.805 foi questionada pelo Ministério Público Federal do Distrito Federal, na Ação Civil Pública nº 00011039-86-2013.4.013500, em 2008, alegando a incompetência do Conselho

procedimento cirúrgico de amputação do pé em necrose progressiva. O Juízo entendeu que ele estava capaz para decidir e tinha autonomia e que a situação se ajustava à ortotanásia. O Tribunal fundamentou-se na Resolução nº 1.805 do CFM, no princípio da dignidade humana, no direito à vida (e não dever de viver), na Resolução nº 1.995/2012 e no artigo 15 do Código Civil.

As Diretivas Antecipadas de Vontade em Transtornos Mentais...

Federal de Medicina para normatizar condutas delituosas. O Conselho, diante da ausência legislativa, apressadamente, publicou o Código de Ética Médica em 2009²¹, em vigor desde 09 de agosto de 2012, prevendo as diretivas antecipadas de vontade através da Resolução nº 1995.

A Resolução nº 1995 busca valorizar a autonomia do paciente, através das diretivas antecipadas de vontade, como forma de se posicionar frente à utilização de instrumentos tecnológicos limitados em prolongar a vida e o sofrimento de pacientes terminais. São intervenções desproporcionais que não geram benefícios ou perspectiva de reabilitação. Diferentemente da Resolução nº 1.805/2006, a de 2012 sugere o alargamento de abrangência das diretivas, não limitada a beneficiar apenas pacientes terminais, trazendo para o contexto o problema em torno dos pacientes em estado vegetativo persistente, que não são reconhecidos como pessoas terminais.

De acordo com Pittelli (2013, p. 23), o objetivo da Resolução nº 1.995 foi evoluir na abrangência de beneficiários, de forma a complementar a Resolução nº 1.805/2006²², cuja disciplina se

²¹ Entre os princípios fundamentais a serem respeitados pelo médico, no capítulo I, item VI, o Código de Ética Médica (2013), prima-se pela não utilização de seus conhecimentos técnicos de forma a provocar sofrimento físico ou moral no paciente, ou que permita ou acoberte qualquer tentativa contra a dignidade e integridade deste. Por outro lado, o item VIII repudia a renúncia do médico de sua liberdade profissional, vedando restrições ou imposições que lhe dificulte ou prejudique a eficiência e correção laboral. O Código ainda estabelece, no Item XVI, que o médico escolherá os meios de diagnóstico e de tratamento, desde que em benefício do paciente e sempre no interesse e bem-estar deste (XVII). A escolha do paciente será respeitada diante de procedimentos diagnósticos e terapêuticos, contanto que sejam ajustados ao reconhecimento científico e conformes aos “ditames de consciência” do médico e às disposições legais (XXI). Ademais, em casos de irreversão clínica e de terminalidade, o médico evitará a submissão do paciente a procedimentos diagnósticos e terapêuticos desnecessários e oferecerá cuidados paliativos adequados.

²² Permite o artigo 1º que o médico limite ou suspenda tratamentos e procedimentos que prolonguem a vida do enfermo que se encontre em fase terminal de doença grave ou incurável, respeitando a vontade do doente ou de seu representante legal. Pittelli e Oliveira (2009, p. 37) alertam que essa norma é restrita apenas aos casos terminais da doença e não inclui a eutanásia. Ela também possui uma pretensão permissiva e não obrigatória, dando margem de atuação ao médico. Ela exige a coleta do esclarecimento consentido do paciente, o registro em prontuário e a obrigação de oferecer ao paciente, ou familiar deste, a oportunidade de consultar outra opinião médica. O interesse do Conselho foi o de transmitir aos médicos que essa conduta não caracteriza abandono. A Resolução não explicitou a

manteve no teor permissivo e ético das medidas paliativas. A primeira normativa almejou obrigar o médico a atender as diretivas antecipadas do paciente, reiterando a noção de que a eliminação das terapias obstinadas e a opção pelos cuidados paliativos constituem parâmetros éticos.

É importante salientar, contudo, a relação de alteridade e de corresponsabilidade ética que permeiam a interação médico-paciente. É justamente por isso que as normas éticas proíbem a eutanásia e o suicídio assistido, que seriam instrumentos utilizados para obrigar o médico a executar seus pares. O objetivo dos cuidados paliativos é deixar fluir o curso vital normalmente, limitando-se a oferecer melhor qualidade de vida enquanto ainda vivo.

A mútua divisão de responsabilidades reflete a autonomia médica (materializada na ideia de beneficência) e do paciente (ou de familiares deste ou responsável legal), muito embora pareça difícil que o paciente possa deter uma autonomia plena até mesmo pela sua condição de dupla vulnerabilidade: de doente e de desconhecer a técnica médica.

Na prática, muitos aspectos relevantes interferem tornando difícil a adesão pelas diretivas antecipadas de vontade. Em primeiro lugar, é necessário que a pessoa ainda saudável e capaz tenha uma previsão das possíveis enfermidades que possam acometê-la no futuro. Já, de antemão, é necessário que o indivíduo tenha certo conhecimento técnico, uma determinada bagagem informativa sobre moléstias, de um modo geral, e seus respectivos tratamentos disponíveis. Além disso, é imperativo que a pessoa esteja capaz de decidir de forma autônoma e livre no momento em que adere ao documento.

Ainda no ano de 2012, a inatividade legislativa sobre o assunto motivou os civilistas a se manifestarem na V Jornada de Direito Civil, ocasião em que publicaram o Enunciado 528, que por sua vez faz referência aos artigos 1.729, parágrafo único, e 1.857, ambos do Código

expressão “ortotanásia” por receio da herança, em parte simbólica, que o termo herdou da “eutanásia”.

As Diretivas Antecipadas de Vontade em Transtornos Mentais...

Civil, validando a declaração de vontade, o “testamento vital”, como documento autêntico especificamente para dispor sobre as preferências de tratamento de saúde quando a pessoa estiver incapaz de expressar a própria vontade.

Existe diferenciação entre as diretivas antecipadas de vontade e as declarações prévias, muito embora o Conselho Federal de Medicina as tenha tratado como sinônimas²³. Enquanto as declarações prévias produzem efeitos somente quando o paciente se encontrar em situação de incapacidade que torna inviável a sua manifestação de vontade, nas diretivas antecipadas de vontade, por incluírem o mandato vindouro, são consideradas as informações proferidas pelo representante do paciente incapaz, caso este tenha designado previamente, salvo se as diretivas antecipadas de vontade não estiverem de acordo com as determinações do Código de Ética Médica.

A Resolução não exige obrigatoriamente que os desejos do representante sejam atendidos, mas que tão somente sejam levados em consideração (CFM, art. 2º, § 1º e § 2º, Resolução nº 1.995/2012). Somado ao limite ético, a autonomia do paciente também é limitada pelo ordenamento jurídico brasileiro, pela consciência do médico e pela insegurança deste frente a processos judiciais futuros.

Na Resolução nº 1.995/2012, houve emprego do termo, “diretiva”, exatamente conforme a tradução exigida no sentido de indicar, orientar e instruir e não obrigar, de maneira que o médico não pode ser compelido a atuar conforme as diretivas, devendo prevalecer a ideia de alteridade e não a sobreposição de um desejo sobre o outro. A palavra “antecipada” simboliza antecipação, algo prévio, adiantado a algum evento não ocorrido e, vontade remete à noção de externar um desejo de forma capaz e tomar uma decisão de acordo com o interesse

²³ Por ser o representante de uma categoria diretamente vinculada à situação, o Conselho parece transmitir a ideia de valor declaratório das disposições de vontade, contudo, procurando convencer os médicos a aceitá-las. Isso é perceptível na exposição de motivos da Resolução nº 1.995/2012 em que o órgão revelou a resistência dos médicos em recepcionar as diretivas, que somados representam a sua maioria. Outro problema para adoção das disposições de vontade seria a dificuldade de comunicação que atinge quase a totalidade dos pacientes terminais, havendo a necessidade de contar com as informações de terceiros como interlocutores da vontade do paciente.

individual. As diretivas antecipadas de vontade são medidas aplicadas em vida e o sentido semântico do vocábulo “*will*” é interpretado como desejo, vontade, escolha consciente (ALVES; FERNANDES; GOLDIM, 2012, p. 359-360).

As disposições do paciente se sobrepõem aos desejos dos familiares ou sobre qualquer parecer não médico e devem ser registradas no prontuário médico do paciente, caso não existam manifestação prévias em cartório. Se, além de inexistirem as declarações de vontade do paciente e de representante designado, não houver familiares à disposição, ou, havendo dissenso entre estes últimos, o médico poderá consultar o Comitê de Bioética institucional e, na ausência deste, a Comissão de Ética Médica hospitalar ou o Conselho Regional e Federal de Medicina, de modo a respaldar sua decisão em face de situação ética conflituosa (Resolução nº 1.995/2012, art. 2º, § 3º, § 4º e § 5º).

A adesão aos documentos de manifestação de vontade tem sido progressiva desde que o Conselho Federal de Medicina publicou a Resolução das diretivas, de acordo com os dados do Colégio Notarial do Brasil – Seção São Paulo, nas publicações de 26 de janeiro de 2015 e 30 de novembro de 2015. Constataram-se as seguintes estatísticas: no ano de 2009, havia o registro de apenas 26 Testamentos Vitais, crescendo, em 2011, para 68. Em 2012, foram registradas 167 escrituras. Em 2013, foram elaborados 477 documentos após a Resolução entrar em vigor. No ano de 2014, foram lavradas 549 escrituras, um aumento de 2000% no número de testamentos vitais até janeiro de 2015. E, ao longo do ano de 2015, foram realizados 552 testamentos vitais²⁴.

O Estado de São Paulo tem levantado as estatísticas, seguido do Mato Grosso e do Rio Grande do Sul. O diretor do Colégio Notarial do Brasil de São Paulo, Andrey Guimarães Duarte, atribui esse crescente

²⁴ Em outubro de 2013, a Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais, ao codificar os atos normativos relativamente aos serviços notariais e de registro, no Provimento nº 260/2013, normatizou as Declarações Antecipadas de Vontade, nos artigos 259, 260 e 261, todos no capítulo X, com vistas à lavratura pública das diretrizes antecipadas (ou Declaração Antecipada de Vontade).

aumento de documentos à elevação da expectativa de vida dos brasileiros que desemboca em doenças incapacitantes e neurodegenerativas (Alzheimer e Parkinson), somadas à facilidade informacional²⁵ (CNBSP, 2015).

Entretanto, as dificuldades esbarram na coleta de manifestação de vontade de pacientes psiquiátricos, devido à incapacidade própria de suas enfermidades, deixando-os à margem do acesso do seu direito fundamental de decidir sobre tratamento médico. O consentimento informado do paciente é um instrumento material, reconhecidamente um direito fundamental, de valorização e respeito pela dignidade da pessoa humana.

3 DIRETIVAS ANTECIPADAS PSQUIÁTRICAS DE VONTADE

Antes de iniciar a abordagem específica a respeito das Diretivas Antecipadas de Vontade é necessário situar a questão do paciente

²⁵ O Instituto Brasileiro de Direito de Família noticiou, em 11 de agosto de 2015, os dez motivos para se efetivar uma diretiva antecipada de vontade (testamento vital): a) proteção à dignidade por meio da escolha prévia do paciente quanto ao tipo da terapia médica a que deseja se submeter; b) tranquilidade, pois as Diretivas não antecipam a morte por meio da eutanásia, e sim assegura o seu transcurso natural ou garante a postergação da morte em conformidade com a vontade do paciente; c) o respeito à vontade do paciente registrada no documento; d) paz diante do conforto à família e ao próprio paciente no momento de sofrimento em que este não mais será capaz de se manifestar; e) segurança para o médico no cumprimento integral da vontade do paciente evitando que o médico seja pressionado pelos familiares do doente; f) autonomia ao requerente, contanto que esteja lúcido e capaz de manifestar o destino que pretende para o próprio corpo; g) lealdade do procurador responsável quando tiver de revelar ao médico e aos familiares do outorgante as escolhas antecipadas; h) a revogabilidade do documento se porventura o requerente mudar sua opinião enquanto ainda estiver lúcido; i) perpetuidade já que as diretivas permanecem arquivadas em cartório disponibilizando uma segunda via a qualquer tempo; e j) liberdade para escolher o tabelião de notas seja qual for o domicílio da parte.

As Diretivas Antecipadas de Vontade em Transtornos Mentais...

psiquiátrico, já que este é objeto do estudo em questão. Os transtornos psiquiátricos ou transtornos mentais são classificados de acordo com o Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (DSM), elaborado pela *American Psychiatric Association*, que está atualmente em sua quinta edição. Tal manual conta com edições há mais de 60 anos e tem como objetivo ser uma referência para a prática clínica na área de saúde mental (ASSOCIAÇÃO AMERICANA DE PSQUIATRIA, 2014, p.41).

Este manual, o DSM 5, define transtorno mental como uma síndrome caracterizada por perturbação clinicamente significativa na cognição, na regulação emocional ou no comportamento de uma pessoa, refletindo uma disfunção nos processos psicológicos, biológicos ou de desenvolvimento relacionados ao funcionamento mental. Os transtornos se relacionam a sofrimento ou incapacidades significativos e afetam atividades sociais, profissionais, entre outras. O manual apresenta uma gama de transtornos psiquiátricos, a saber: transtornos de neurodesenvolvimento; espectro da esquizofrenia e outros transtornos psicóticos; transtornos bipolares e relacionados; transtornos depressivos; transtornos de ansiedade; transtornos obsessivo-compulsivos e relacionados; transtornos relacionados a traumas e estressores; transtornos dissociativos; transtornos de sintomas somáticos e relacionados; transtornos alimentares; transtornos de eliminação; transtornos de sono-vigília; disfunções sexuais; disforia de gênero; transtorno disruptivo, do controle de impulsos e da conduta; transtornos relacionados a substâncias e transtornos aditivos; transtornos neurocognitivos; transtornos de personalidade; transtornos parafílicos; outros transtornos mentais; transtornos do movimento induzidos por medicamentos e outros efeitos adversos de medicamentos; e outras condições que podem ser foco de atenção clínica (ASSOCIAÇÃO AMERICANA DE PSQUIATRIA, 2014, p. 20 e 27).

A partir da verificação do DSM, percebe-se que a questão do transtorno psiquiátrico é complexa, podendo um mesmo paciente se enquadrar em mais de um diagnóstico de transtorno mental ou não

As Diretivas Antecipadas de Vontade em Transtornos Mentais...

apresentar todos os critérios diagnósticos de determinado transtorno, mas necessitar de tratamento ou cuidados. Considerando esta complexidade e entendendo que estes pacientes ao manifestarem-se em relação às diretivas antecipadas de vontade, especialmente no testamento vital, devem estar com a capacidade mental preservada é necessário que se avalie a questão da autonomia psicológica. Afinal de contas, estes indivíduos teriam condições de expressar sua última vontade em relação aos tratamentos e cuidados em seus momentos finais de vida?

Para responder a esta questão, inicialmente é necessário entender o conceito e os elementos da capacidade psicológica. Para Miller (2004, p. 246) é possível identificar três elementos no que tange à capacidade psicológica da autonomia: atuação, independência e racionalidade. A primeira diz respeito à autoconsciência dos próprios desejos (inclinações, antipatias, necessidades e correlatos) e ao atuar sobre eles. O que difere as coisas e um animal não humano de uma pessoa é a capacidade de atuação consciente desta conforme seus desejos na busca pela concretização, muito embora objetos e animais humanos e não humanos sejam atingidos por fatores externos.

A independência é relativa à inexistência de influências controladoras das ações do indivíduo, não se podendo afirmar que ele as queira. Isso pode ser percebido quando uma pessoa está subordinada à ameaça de violência, sendo compelida a evitar prejuízos, por exemplo, em circunstâncias de beligerância, relacionamentos abusivos, pobreza e estado policial. Uma pessoa pode se encontrar em completa ausência ou pouca capacidade de autonomia frente a atitudes manipuladoras e de coerção implacável, de modo que resultem condutas dirigidas aos outros, autoimagens, planos e crenças que restringem seu campo de opções, presentes notadamente em sociedades escravocratas, totalitárias e de castas. Uma pessoa pode sofrer coerção, manipulação, persuasão e limitações de ambientes físicos e sociais (MILLER, 2004, p. 246).

A racionalidade, ou seja, a capacidade para a tomada racional de decisões, por seu turno, é medida pela resposta pessoal frente a

As Diretivas Antecipadas de Vontade em Transtornos Mentais...

crenças e mudanças, em que se avalia a habilidade no reconhecimento, reflexão, tomada de decisões e opções alternativas. A racionalidade também pode ser medida pela forma de refletir sobre os desejos. Assim os psicopatas, esquizofrênicos, neuróticos compulsivos e paranoicos são doentes mentais severos que possuem ausência de capacidade psicológica para a tomada racional de decisões, embora detenham capacidade de atuação de acordo com os seus desejos (MILLER, 2004, p. 246-247).

Portanto para que o paciente possa elaborar as diretivas antecipadas de vontade, especialmente o testamento vital precisa ter presente autoconsciência dos seus desejos, não sofrer influências externas, tomar as decisões de forma independente e racional, refletindo sobre seus desejos. Nesse sentido, não há uma regra geral que permita que determinados pacientes possam exprimir sua vontade ou não, isso depende dos fatores já citados, mas também de outros. Os outros fatores relacionam-se à legislação, como o Código Civil, o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015) e as orientações emitidas pelo Conselho Federal de Medicina.

No que se relaciona ao Código Civil, percebe-se que é progressivo e paulatino o processo de aquisição da maturidade. No Código Civil de 2002, nos artigos 3º, 4º e 5º, o desenvolvimento infante-juvenil parte dos absolutamente incapazes para os atos da vida civil, que são os menores de 16 anos de idade, passando pelos relativamente incapazes, os que se encaixam entre 16 e 18 anos de idade, até alcançar a maioridade, aos 18 anos de idade, quando a pessoa é considerada pronta para exercer todos os atos da vida civil.

Antes da Lei nº 13.146/2015, do Estatuto da Pessoa com Deficiência, o artigo 3º incluía, em seu rol de absolutamente incapazes, os deficientes mentais e os enfermos que não tivessem o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil. No artigo 4º, entre os relativamente incapazes e ao lado dos ébrios habituais e dos viciados em tóxicos, estavam as pessoas com deficiência mental, com discernimento reduzido e os excepcionais sem desenvolvimento mental completo. Naquele momento, as pessoas portadoras de

As Diretivas Antecipadas de Vontade em Transtornos Mentais...

transtornos mentais poderiam, dependendo da interpretação do Código, ser consideradas relativamente incapazes. Dessa forma a criação de um testamento vital não seria possível, já que estes indivíduos não poderiam responsabilizar-se sozinhos por uma questão de tamanha importância, teriam que ser assistidos por seus curadores. Em relação ao mandato duradouro, por tratar-se de indicação de uma pessoa de confiança para tomada de decisões nos últimos momentos de existência do indivíduo, seria até possível, mas com limitações.

O atual Código Civil estabelece que os indivíduos incapazes absolutos são destituídos de qualquer discernimento, necessitando de representação legal. Depois dos 16 anos, são enquadrados entre os relativamente incapazes, em vista da redução do seu discernimento, precisando ser assistidos por representante legal. A partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015), todavia, a pessoa com deficiência mental e o enfermo são compreendidos entre os plenamente capazes, aferindo a absoluta incapacidade tão somente aos menores de 16 anos de idade.

O artigo 6º do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015) inclui como capazes os enfermos, os deficientes mentais e os excepcionais. Dessa forma, o Estatuto da Pessoa com Deficiência reafirma a capacidade plena das pessoas que possuem algum transtorno mental. Além disso, a referida lei em seu art. 11 deixa claro que as intervenções clínicas e cirúrgicas, tratamentos e institucionalização não poderão ocorrer sem o consentimento da pessoa com deficiência. É claro que se deve levar em conta o grau de deficiência do paciente, seja leve, moderado ou grave. Se for leve, e a pessoa possuir condições de discernir sobre sua situação e os tratamentos oferecidos, não há impedimento para que elabore diretivas. Se a deficiência for moderada pode ser adotado o procedimento de decisão apoiada e se for grave será caso de curatela (DIAS; SILVA JUNIOR, 2019). Na sequência o art. 12, determina a imprescindibilidade do recolhimento do consentimento prévio, livre e esclarecido, caso a pessoa com deficiência necessite de algum procedimento, tratamento, hospitalização ou se submeta à pesquisa

As Diretivas Antecipadas de Vontade em Transtornos Mentais...

científica. O parágrafo único assegura a maior participação possível ao deficiente curatelado no processo de coleta da manifestação do consentimento, que é dispensada se a pessoa com deficiência estiver sob risco de morte e em situação emergencial, devendo ser respeitados os seus interesses e as normativas legais (BRASIL, 2015b).

O Conselho Federal de Medicina, na Resolução nº 1.995/2012, art. 2º, § 1º e § 2º, no tocante aos pacientes incapazes de se comunicarem, ou que não consigam manifestar livre e independentemente suas vontades, estabelece que o médico deva considerar as diretivas antecipadas de vontade, no momento de decidir sobre cuidados e tratamentos, acatando, inclusive, as informações relatadas pelo representante do paciente, caso este tenha designado previamente, salvo se essas diretrizes não estiverem de acordo com as determinações prescritas no Código de Ética Médica. A Resolução, destarte, não exige obrigatoriamente que os desejos do representante sejam atendidos, mas que sejam levados em consideração.

O Código de Ética Médica proíbe as terapias inúteis e obstinadas (distanásia) e orienta os médicos a praticarem cuidados paliativos em face de paciente terminal ou acometido de doença incurável. Não obstante, o médico pode deixar de atender às diretrizes do paciente caso elas sejam incompatíveis com o Código de Ética, ou seja, o limite para as diretivas está na hipótese de atendimento de pacientes que possam ser salvos, prevalecendo, neste aspecto, a autonomia do médico (CFM, 2013; REVISTA ANOREG/SP, 2012, p. 24-29).

A dificuldade enfrentada pelo médico restaria para aqueles casos em que exista deficiência grave impeditiva de manifestação de vontade sobre tratamento e hospitalização, sem que se esteja em situação emergencial de risco de morte e que nunca puderam deixar registrados seus desejos, ou que o fizeram, mas evoluiu com agravamento da enfermidade.

Percebe-se por meio destas reflexões que de acordo com o Código Civil e com o Estatuto da Pessoa com Deficiência, o paciente

psiquiátrico teria condições de manifestar sua vontade para os momentos finais de sua vida, já que não consta no rol de incapazes. No entanto, é preciso que se atente às condições de autonomia psicológica do paciente, verificando se o mesmo está em condições adequadas de saúde mental para criar diretivas antecipadas de vontade. Nesse sentido, entendendo que é possível a criação das diretivas, deve-se verificar a sua viabilidade no que se relaciona ao paciente com transtorno mental severo em situações não emergenciais.

4 VIABILIDADE CONCRETA DAS DIRETIVAS PSIQUIÁTRICAS DE VONTADE PARA PACIENTES COM TRANSTORNOS MENTAIS SEVEROS EM SITUAÇÃO NÃO EMERGENCIAL

De acordo com Dias e Silva Junior (2019), as diretivas antecipadas são comumente utilizadas nos casos de pacientes terminais, que buscam previamente definir os tratamentos a que serão submetidos. Mas também, podem ser úteis para portadores de transtornos mentais, adotando-se medidas para momentos em que não se possuirá discernimento para tomar decisões. Os autores verificam que essa prática ocorre com muita frequência em países anglo-saxões, em que há instrumentos que tem como objetivo proteger o paciente da psiquiatria, definindo previamente os tratamentos que serão adotados e impedindo determinadas condutas médicas, com as quais o paciente não concorda. Porém os autores questionam: como saber se o paciente está em condições de decidir se necessita ou não de tratamento?

Esta questão de difícil resposta vem sendo debatida nos Estados Unidos da América, na Carolina do Norte, desde 1980. Desde esta data vigoram as diretivas antecipadas psiquiátricas (SWANSON et al., 2006, p. 385). Essas diretivas são compostas de instruções de saúde

As Diretivas Antecipadas de Vontade em Transtornos Mentais...

mental, e de um representante com função decisória. Essas peças podem vir separadas ou acumuladas em um único instrumento, objetivando recusar ou consentir tratamentos durante uma possível crise mental vindoura.

É importante destacar que existem três modalidades de diretivas antecipadas em saúde mental: *instructional directives*, *proxy directives* e *hybrid directives*. Nas *instructional directives*, o paciente em um momento de lucidez comunica as instruções a serem seguidas para quando se encontrar em uma situação de crise e incompetente para decidir a respeito dos tratamentos a que será submetido. Já no caso das *proxy directives*, o paciente nomeia um curador para tomar decisões em seu lugar, quando se encontrar em situações de incompetência, o que se assemelha ao mandato duradouro. Por fim, as *hybrid directives* ou diretivas híbridas combinam a nomeação do procurador com estabelecimento de medidas a serem adotadas por ele (DIAS; SILVA JUNIOR, 2019).

Porém o estabelecimento das diretivas antecipadas de vontade para pacientes psiquiátricos, em qualquer das modalidades apresentadas carrega discussões éticas relevantes. Isso ocorre especialmente quando o médico não concorda com as decisões tomadas pelo paciente. Nesse caso, como proceder? Conforme a instrução legal das diretivas antecipadas psiquiátricas na Carolina do Norte, o médico tem livre arbítrio caso sua forma de tratamento desarmonize com a escolha feita pelo paciente antecipadamente e esteja fora dos padrões de cuidado. Além disso, se o médico estiver imbuído de boa-fé, e sua conduta estiver ajustada aos padrões clínicos, lhe é facultado rejeitar, parcial ou totalmente, as diretivas, tendo o privilégio da imunidade legal. Em princípio, os médicos devem cumprir o máximo possível as diretivas antecipadas do paciente, quando houver (SWANSON et al., 2006, p. 386).

No Estado da Pensilvânia, em 30 de janeiro de 2005, entrou em vigor a Lei nº 194, regulamentando as diretivas antecipadas e os poderes do representante legal do requerente. A norma daquele Estado reitera o estabelecido no *Federal Patient Self-Determination*,

As Diretivas Antecipadas de Vontade em Transtornos Mentais...

da década de 1990, mas faculta aos médicos dispensarem as diretivas em três situações:

a) se elas atrapalharem a admissão de pacientes com problemas mentais em estabelecimento de saúde mental, de acordo com o regulamento previsto na Lei de Procedimentos de Saúde Mental;

b) em caso de diretivas estatuinto condutas contrárias aos padrões médicos clínicos, e o médico se recusar a segui-las, deverá envidar esforços para transferir o paciente para outro médico, mas se fracassar na tentativa de transferência, poderá dispensar o paciente ficando imunizado pelo documentado nas diretivas; e

c) o médico que se recusar a atender às diretivas, porém atuar de boa-fé, não se sujeita à responsabilidade civil, criminal ou disciplinar pelo simples fato de se recusar a seguir as diretivas (SWANSON et al., 2006, p. 385).

Em um estudo realizado por Brock (1991, apud Swanson et al., 2006, p. 387-388), constataram-se três possíveis justificativas ao médico para arredar as disposições do paciente:

a) quando o médico não conseguir precisar os desejos do paciente constantes nas diretrizes;

b) quando a conduta moral do paciente no presente entrar em conflito com a moral registrada nas diretrizes;

c) quando os interesses de outras pessoas forem superiores (e que justificam não honrar as diretrizes).

Em resposta à primeira justificativa, de que as pessoas com deficiência mental persistente não conseguem estabelecer uma comunicação que possibilite manifestar suas escolhas e que há certas deficiências psiquiátricas que jamais permitirão ao paciente analisar o que é melhor para si, Swanson et al. (2006, p. 387-388) reagiram com o contra-argumento: de que há uma categoria de pacientes psiquiátricos que podem escolher tratamentos por conhecerem os efeitos negativos e positivos em razão do tempo prolongado em que foram expostos a eles pela hospitalização recorrente. Já os que desconhecem essa experiência, poderão enfrentar tais problemas.

Relativamente à segunda justificativa, os professores

As Diretivas Antecipadas de Vontade em Transtornos Mentais...

concordam que existam pacientes que podem não transmitir sua identidade pessoal de modo que haja conflito de interesses entre as diretrizes pretéritas, ou seja, escolhidas anteriormente, e os desejos atuais do paciente. Nesse caso, o melhor é afastar as diretivas anteriores e acatar as manifestações presentes do paciente. Alguns médicos acreditam que a mera situação de desordem crônica capaz de desajustar a percepção, julgamento e pensamento já tornam inválidas as diretrizes antecipadas. Pode acontecer de coincidir uma psicopatologia com uma deficiência cognitiva, por um longo período de tempo, alterando a personalidade da pessoa, o que dificulta ao médico identificar a real identidade do paciente. Alguns estados psicóticos podem levar pacientes a buscar o suicídio, o que pode trazer para a discussão a segurança deles, colocando em questão a validade das diretivas.

Para a terceira justificativa, Swanson et al. (2006, p. 388-389), posicionaram-se dizendo que pode acontecer de os interesses do paciente serem irrelevantes quando comparados aos interesses da família, dos médicos ou da sociedade em geral. No caso dos médicos, é possível que eles entendam que tratamentos de sustentação vital sejam fúteis, apesar do posicionamento contrário do próprio paciente registrado nas diretivas e da família optando pela manutenção da terapia.

Em outro estudo realizado por Swanson e McCrary (1996, apud Swanson et al. 2006, p. 388-389), em que entrevistaram 301 médicos no Texas, concluiu-se que existem médicos que agem de forma extremamente defensiva e legalista, a ponto de se preocuparem mais em distinguir um tratamento fútil de uma terapia vantajosa de forma arbitrária ampliando a sua esfera de atuação do que realmente importarem-se com a opinião do paciente em relação a formas de tratamento em fim de vida. Essa atitude colabora para trazer conflitos com os pacientes. Ademais, os médicos tendem a agir defensivamente por receio das responsabilidades legais pelas possíveis consequências desvantajosas resultantes do cumprimento das diretrizes do paciente, como, por exemplo, a hipótese de um paciente externar um

comportamento violento se não tratado. Outra pressão externa sofrida pelo médico é a social e que se vê obrigado a realizar o tratamento a despeito da recusa antecipada do paciente (SWANSON et al., 2006, p. 388-389).

Ademais, o médico também pode se deparar com um paciente que vem se tratando, mas os efeitos das terapias são insatisfatórios ou piorados, de tal modo que o próprio paciente recuse antecipadamente essas terapêuticas, por exemplo, a recusa de um medicamento antipsicótico (SWANSON et al., 2006, p. 390).

Contudo, o raciocínio ético e prático do psiquiatra pode levá-lo a não acatar a recusa antecipada do paciente, insistindo em administrar um novo medicamento, ainda que mais caro, mas com melhores efeitos sintomáticos, julgando que os profissionais de saúde mental, inclusive de todo o sistema de cuidado de saúde mental, são de certa forma responsáveis pelas desastrosas experiências sofridas pelos pacientes que se submeteram a esses tratamentos e que essas experiências adversas ajudaram a estimular a rejeição do paciente pelos tratamentos que foram incapazes de aliviar as crises. Isso demonstra distorção da preferência resultante da má informação tida pelo paciente que precisa tomar conhecimento de medicamentos que o psiquiatra acredita terem bons resultados – isso levaria o médico a não acatar a recusa antecipada (SWANSON et al., 2006, p. 390).

Diante dessas questões, qual seria o real benefício da elaboração das diretivas antecipadas de vontade para o paciente com transtorno mental? Dias e Silva Junior (2019), apontam como benefícios, a ampliação da autonomia, melhora nas relações com os familiares, aumento da aceitação dos prestadores de serviço em saúde quanto à autonomia do pacientes, redução de atendimentos médicos e admissão em serviços hospitalares, bem como de internações compulsórias. No entanto, os autores alertam a respeito da necessidade de estudos empíricos sobre o tema para determinar se tais benefícios estão presentes. Afirmam que os estudos mais recentes (CAMPBELL, KISELY, 2009 e MAÎTRE ET ALLI, 2013) orientam a adoção de medidas conjuntas de planejamento para situações de crise

As Diretivas Antecipadas de Vontade em Transtornos Mentais...

(*joint crisis planning*), com a participação de pacientes e familiares como melhor modelo de diretiva a ser adotado. A discussão desse modelo de diretiva psiquiátrica que envolva pacientes e familiares pode ser relevante no Brasil, considerando as dificuldades existentes no que se relaciona ao tratamento em saúde mental no país.

No Brasil essas dificuldades foram verificadas em um estudo realizado em 2011, por Cardoso et al. (2011, p. 1-9), em um núcleo de saúde mental, que visava aferir o grau de adesão de 48 pacientes egressos de internação psiquiátrica ao tratamento psicofarmacológico. Verificou-se que 70 por cento deles foram escalonados como baixo grau de adesão ao tratamento. Ademais, tão somente 21 conseguiram transmitir qual era o seu diagnóstico sendo que, destes, a maioria não logrou dizer sobre o nome e a dosagem dos medicamentos prescritos de forma parcial ou completa.

Segundo Cardoso et al. (2011, p. 1-9), a adesão ao tratamento ajuda a diminuir os riscos de recaídas e de internações. As causas para baixa adesão são adversas: custo dos medicamentos, interação medicamentosa, inadequada educação em saúde, não compreensão das instruções, relação médico-paciente e serviços de saúde deficientes. Em razão do baixo grau de instrução, os pacientes não compreendem sobre o tempo da doença e sobre a prescrição dos medicamentos, levando à persistência dos transtornos graves.

Verificou-se também que os pacientes não tomam os medicamentos quando sentem alguma melhora e se esquecem de ingeri-los ou descuidam-se quanto aos horários adequados, malefícios ao próprio paciente de tal modo que compromete o seu desenvolvimento crítico. Os estudos mostraram a inexistência de programas que ajudam na identificação de doenças de transtornos mentais, de modo que o início da doença é caracterizado por muitos conflitos de ordem cognitiva, familiar, levando o indivíduo ao isolamento, dificuldade de atenção e concentração (CARDOSO et al., 2011, p. 1-9).

Considerando todas as dificuldades apontadas para a concretização do exercício de autonomia pelos pacientes psiquiátricos,

especialmente no que se relaciona a criação de diretivas antecipadas, seria possível o exercício de disposição da própria vida por estes pacientes no Brasil? Esta questão tem uma resposta complexa, porém o que se pode afirmar é que a aquisição da autonomia desses pacientes parece restar apenas no campo teórico frente à complexidade das doenças e à deficitária assistência doméstica, escolar e social. O baixo grau de adesão ao tratamento denota o quão distante se está da concretização das diretivas psiquiátricas de vontade. Porém deve-se reconhecer que as pessoas com transtorno mental, assim como as pessoas com deficiência tem o direito ao exercício de sua capacidade legal, em igualdade de condições com as demais pessoas, o que inclui a possibilidade de emitir diretivas antecipadas (DIAS; SILVA JUNIOR, 2019) e, portanto deve-se avançar nesse sentido, especialmente no que se refere a pesquisas empíricas sobre o tema no país, incluindo-se a questão da elaboração conjunta de diretivas antecipadas de vontade.

5 CONCLUSÃO

No intuito de valorizar a autonomia e a autodeterminação do paciente, quando da tomada de decisão sobre tratamentos de saúde, as diretivas antecipadas de vontade foram desenvolvidas para se deixar registrado, previamente, as disposições de vontade do paciente em relação à terapêutica necessária em momento vindouro, envolvendo toda a equipe assistencial e os familiares do paciente.

Maior dificuldade restaria para aqueles casos em que o paciente seja acometido de transtorno mental grave impeditivo de manifestação de vontade sobre tratamento e hospitalização, em situações de não

As Diretivas Antecipadas de Vontade em Transtornos Mentais...

urgência ou emergência, e que não existem diretivas antecipadas para o médico se apoiar, ou que a patologia tenha se agravado de tal modo que não se ajustam mais àqueles desejos previstos no documento.

Da análise das pesquisas utilizadas neste artigo, verificou-se que: a) em princípio, havendo as diretivas, os médicos devem cumpri-las o máximo possível; b) a conduta escolhida pelo paciente deve estar ajustada aos padrões clínicos e éticos; c) as diretivas podem ser desconsideradas quando não se conseguir identificar a vontade do paciente claramente, sempre buscando a segurança do paciente e de outras pessoas; d) o agravamento da doença com o tempo; e) que, em muitos casos, os pacientes já conhecem os efeitos negativos do tratamento e demonstram rejeitá-los, cabendo ao médico ponderar essas situações aconselhando a família a respeitar as manifestações do paciente; f) cuidado com os efeitos colaterais das interações medicamentosas; g) adequação dos medicamentos às condições financeiras do paciente; h) orientação ao paciente sobre sua enfermidade, riscos e manutenção do tratamento.

Desse modo, conclui-se que há dificuldades para a realização das diretivas psiquiátricas, devido à limitada autonomia dos pacientes, o baixo grau de adesão ao tratamento e a assistência deficitária. No entanto, as diretivas antecipadas psiquiátricas tem potencial para serem realizadas, considerando o direito que a pessoa tem de decidir a respeito dos tratamentos a que será submetida. Devem ser seguidas pela equipe médica desde que não coloquem em risco a vida do paciente e dos cuidadores, e que não violem os preceitos médicos, éticos e legais, cabendo ao médico avaliar cada caso em particular. Interessante seria avançar em relação à criação dessas diretivas com a participação de familiares, ou seja, por meio da elaboração conjunta, nesse sentido, sugerem-se pesquisas de caráter empírico sobre o tema.

Data de Submissão: 23/08/2018

Data de Aprovação: 06/04/2019

Processo de Avaliação: *double blind peer review*

Editor Geral: Jailton Macena de Araújo

Editor de Área: Fernando Joaquim Ferreira Maia

REFERÊNCIAS

ALVES, C. A.; FERNANDES, M. S.; GOLDIM, J. R. Diretivas antecipadas de vontade: um novo desafio para a relação médico-paciente. In: *Revista HCPA/Hospital de Clínica de Porto Alegre*, Porto Alegre, v. 32, n. 3, p. 358-362, 2012.

ASSOCIAÇÃO AMERICANA DE PSQUIATRIA. Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais: DSM 5. Tradução Maria Inês Corrêa Nascimento. 5 ed. Porto Alegre: *Artmed*, 2014.

BRASIL. *Código 3 em 1: Penal, Processo Penal e Constituição Federal*: obra coletiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Cespedes e Juliana Nicoletti. 11. ed. São Paulo Saraiva, 2015a.

BRASIL. *Código Civil: Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. Senado Federal. *Estatuto da pessoa com deficiência: lei brasileira de inclusão n. 13.146, de 06 de julho de 2015*. Brasília: Senado Federal, 2015b.

CAMPBELL LA, KISELY SR. Advance treatment directives for people with severe mental illness. *Cochrane Database Syst Rev*. v.21, 2009.

CARDOSO, L. et al. Grau de adesão e conhecimento sobre tratamento psicofarmacológico entre pacientes egressos de internação psiquiátrica. In: *Revista Latino-Americana Enfermagem*, v. 19, n. 5, 9 telas, set./out. 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rlae/v19n5/pt_12.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2017.

CFM – Conselho Federal de Medicina. Código de Ética Médica. Resolução n. 1.931/2009. In: FRANÇA, Genival Veloso. *Direito médico*. 11. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

CFM – Conselho Federal de Medicina. *Resolução n. 1.805/2006*. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2007/111_2007.htm>. Acesso em: 06 jul. 2015.

CFM – Conselho Federal de Medicina. *Resolução n. 1.995/2012*.

Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes.

Disponível em:

<http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf>. Acesso em: 6 jul. 2015.

CNBSB – Colégio Notarial do Brasil – Seção São Paulo. *Testamento vital permite ao paciente decidir que tratamento médico terá*. 30 nov. 2015. Disponível em:

<<http://www.cnbsp.org.br/index.php?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=MTEyMDM=&filtro=>>>. Acesso em: 14 mar. 2016.

CORREGEDORIA GERAL de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Provimento 260/CGJ/2013. Publicação em 30 out. 2013. Disponível em:

<<http://www8.tjmg.jus.br/institucional/at/pdf/cpro2602013.pdf>>. Acesso em: 08 abr. 2016.

DIAS, E.R.; SILVA JUNIOR, G.B. Autonomia das pessoas com transtorno mental, diretivas antecipadas psiquiátricas e contrato de Ulisses. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, n. 1, p. 519-545, 2019.

ESTADO DE SÃO PAULO. *Lei estadual n. 10.241, de 17 de março de 1999*. Dispõe sobre os direitos dos usuários dos serviços e das ações de saúde no Estado e dá outras providências. São Paulo, 1999.

Disponível em:

<<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/dh/volume%20i/saudelei10241.htm>>. Acesso em: 10 set. 2015.

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 70042509562/2011*. Associação dos funcionários públicos do ERGS – AFPERGS, apelante, e Gilberto Oliveira Freitas e Guilherme da Silva Benites, apelados. 01 jun. 2011. Desembargador Armínio José Abreu Lima da Rosa (Presidente e Relator).

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 70054988266 (n. CNJ: 0223453-79.2013.8.21.7000)*.

Ministério Público, apelante, e João Carlos Ferreira, apelado. 20 nov. 2013. Desembargador Irineu Mariani (Relator).

GAUW, J.H.; ALBUQUERQUE, A.L.A.; LINS, I.K.F.G.; CHAVES, J.H.B. Diretivas antecipadas de vontade: a necessidade de um maior conhecimento desde a graduação. *Revista Científica da FMC*, Campos, v.12, n.1, 2017.

GOUVEIA, L.R. Diretivas antecipadas de vontade – testamento vital: aplicação do fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca*, Franca, v. 12, n.2, p. 149-208, 2017.

INSTITUTO BRASILEIRO de Direito de Família. *Após regulamentação cresce 690% o número de testamentos vitais no*

Brasil. Colégio Notarial do Brasil – Seção São Paulo. 11 ago. 2015.

Disponível em:

<<http://ibdfam.org.br/noticias/5717/Ap%C3%B3s+regulamenta%C3%A7%C3%A3o%2C+cresce+690%25++o+n%C3%BAmero+de+testamentos+vitais+lavrados+no+Brasil>>. Acesso em: 14 mar. 2016.

MAÎTRE E, DEBIEN C, NICAISE P, WYNGAERDEN F, Le GALUDEC M, GENEST P, DUCROCQ F, DELAMIL-LIEURE P, LAVOISY B, WALTER M, DUBOIS V, VAIVA G. Advanced directives in psychiatry: a review of the qualitative literature, a state-of-the-art and view-points. *L'Encéphale*, v. 39, n.4, p. 244-251, 2013.

MANSUR, A.; MARQUES, F. Carcinomatose meníngea: caso Mário Covas. *Revista Época*, 15 abr. 2011. Disponível em:

<<http://carcinomatosemeningea.blogspot.com.br/2011/04/caso-mario-covas.html>>. Acesso em: 12 abr. 2016.

MILLER, B. Autonomy. In: POST, S. *Encyclopedia of Bioethics*. 3. ed. New York: Macmillan, 2004. p. 246-251.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Ação Civil Pública n.*

0001103986.2013.4.01.3500. Brasília, 21 fev. 2014. Disponível em: <<http://www.prgo.mpf.gov.br/images/stories/ascom/ACP-CFM-ortotanásia.pdf>>. Acesso em: 06 jul. 2015.

MUSTAFA, A. *Enfim, descanse em paz*. CREMESP – Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, 6 dez. 2010, Diário de São Paulo. Disponível em:

<http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Imprensa&acao=crm_midi a&id=589>. Acesso em: 12 abr. 2016.

PITTELLI, S. D. Resolução CFM n. 1995/2012: diretivas antecipadas. *Revista Visão Médica*, Hospital Alemão Oswaldo Cruz, ed. 14, p. 1-36, jan./fev./mar. 2013.

PITTELLI, S. D.; OLIVEIRA, R. A. de. Eutanásia e sua relação com casos terminais, doenças incuráveis, estados neurovegetativos, estados sequelares graves ou de sofrimento intenso e irreversível e morte encefálica. *Revista Saúde, Ética & Justiça*, v. 14, n. 1, p. 32-39, 2009.

REVISTA ANOREG/SP. *Cartório hoje: serviços de cartório na internet*, n. 3, p. 24-29, dez. 2012.

SERRANO, S. C. Pesquisa em cuidados paliativos. *Revista Brasileira em Cuidados Paliativos*, São Paulo, v. 3, n. 4, p. 7-8, 2012.

SWANSON, J. et al. Superseding psychiatric advance directives: ethical and legal considerations. *The Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law*, v. 34, n. 3, p. 385-394, 2006.

V JORNADA DE DIREITO CIVIL. Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr.

(Org.). Brasília: CJF, 2012.

XEREZ, R.M.; PINTO, H.C. A (in)dignidade nos direitos à vida e à morte em casos de doenças terminais ou pacientes em coma a partir do filme “Bella Addormentata”. *Prim@ Facie*, João Pessoa, v.17, n.36, p. 1-26, 2018.

The Advance Directives of Will in Mental Disorders with Reflection of Fundamental Right to Freedom: Needed Discussions

Janaína Reckziegel

Orides Mezzaroba

Beatriz Diana Bauermann Coninck

Abstract: This article aims to investigate the concrete feasibility of adherence to the instrument of psychiatric advance directives of will, admittedly a fundamental right, by non-emergency patients with severe mental disorders. In order to do so, general notions will be discussed about advance directives of will, for, in the second item, entering into the study of the psychiatric advance directives of will and, in the third topic, talking about the feasibility of psychiatric advance directives of will. From the investigation made through the deductive method of qualitative approach in national references, including empirical studies, it was discovered that the difficulty in identifying diagnosis of mental disorders by doctors and the problem of adherence to pharmacological treatment by the person suffering mental disorder, are important causes for relapse recurrence of crisis, hospitalizations and chronicity of diseases, and, for consequence, rejection of psychiatric advance directives of will by doctors.

Keywords: Fundamental right. Psychiatric advance directives of will. Patients with non-emergency severe mental disorders.

A Contribuição da História Crítica para a Crítica do Direito: uma Visão do Bacharelismo Clássico e do Ensino Jurídico Brasileiro

Fernando de Brito Alves

Pós-doutorado em Democracia e Direitos Fundamentais pela Universidade de Coimbra. Professor Adjunto da Universidade Estadual do Norte do Paraná. Coordenador do Programa de Mestrado e Doutorado em Ciência Jurídica. E-mail: fernandobrito@uenp.edu.br

Vinícius Alves Scherch

Mestrando em Ciência Jurídica pela UENP. E-mail: vinnyscherch@hotmail.com

Resumo: O domínio de uma técnica jurídica tem, cada vez mais, colocado as disciplinas dogmáticas em destaque nas grades curriculares dos cursos de Direito. Há uma perda da razão enquanto atividade de pensar de forma crítica os problemas jurídicos, pela falta de contato com as disciplinas propedêuticas no ensino jurídico, para dar lugar à busca por conhecimentos de prateleira que servem para a busca pela aprovação sistemática em concursos. Este trabalho tem por objetivo apresentar uma visão do ensino jurídico, trazendo também um aporte a respeito da história crítica e da pluralidade de visões, bem como a sua importância para o Direito. Pela crítica que foi tecida ao ensino jurídico tradicional, propiciada pelo método dedutivo e pela pesquisa bibliográfica, foi possível chegar à conclusão de que a História pode trazer ao Direito questões sociais até então negligenciadas pelo bacharelismo e fomentar debates mais aproximados da ideia de justiça, propiciando a formação humanística do profissional.

Palavras-chave: Ensino jurídico. História do Direito. Pensamento crítico. Pluralismo. Positivismo.



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA

João Pessoa, Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas

A Contribuição da História Crítica para a Crítica do Direito: uma Visão do Bacharelismo Clássico e do Ensino Jurídico Brasileiro

Fernando de Brito Alves

Vinícius Alves Scherch

1 INTRODUÇÃO

As Ciências Jurídicas e as Ciências Históricas têm muitas aproximações, principalmente no que se alcançam as relações entre a objetividade e a subjetividade, de modo que só não é possível de se romper o laço entre o sujeito e o objeto, em razão da perda de muitos aspectos importantes para a compreensão dos fatos sociais e da própria convivência da humanidade.

Pensar a História significa não a ter em um mero compilado de datas e pessoas importantes. Mais do que um simplório registro, ou um singelo inventário do passado, a História se firma como uma ciência profundamente reflexiva de conhecimento do passado, do presente e do futuro, proporcionando o transporte de culturas, práticas, informações e aspectos existenciais da humanidade, mais do que apenas relatar com base em vestígios o historiador apresenta e representa o conhecimento por meio do que se concebe historiografia. Pela transmissão que a História permite, é possível descobrir e redescobrir quem e o que é a Humanidade.

A Contribuição da História Crítica para a Crítica do Direito...

O Direito como uma ciência construída, cuidou de se estabelecer fortemente arraigado nas influências do século XIX, rendendo-se ao positivismo e se inscrevendo como (mais) uma ciência natural, melhor dizendo, naturalizada. Ao romper com sua veia humana, o Direito cuidou de se descrever como corpo, estrutura, organização, sistema, mecanismo, enfim, tudo, menos uma ciência crítica e com a permissiva de intervenção do cientista, que aos poucos se tornou observador, operador e um mero operário de uma vultuosa máquina estatal.

O positivismo teve um papel importante ao avançar sobre a dogmática, sobre as especificidades do todo jurídico, mas não deu a abertura necessária – como esperado – para a relação entre o sujeito e o objeto, ceifando a criticidade e a atividade de pensar o Direito. Sob a estigma do legalismo que se consolidou como o império da lei, o Direito foi limitando-se à codificação para ter na atividade legislativa o carro-chefe da representação dos interesses do povo, o que se revela em falácia pela denúncia da História, pois a ruptura com o absolutismo e a fórmula de separação dos Poderes, a partir da leitura crítica da sociedade, permite visualizar uma grande intervenção da burguesia, afinal, os interesses populares se confundem na hegemonia burguesa do século XIX, conforme Karl Loewenstein. Ou ainda, como a organização política no sentido aristotélico de classificação das formas de governo é suplantada – no atual campo histórico da modernidade – por uma constituição mista: a oligarquia democrática que se vale do *ethos* coletivo para legitimar a violência, como aponta Judith Butler.

Por isso, com o objetivo de resgatar uma História do Direito na qual seja dado direito à História, este artigo mostrará algumas ideias a respeito do papel da História do Direito como disciplina formadora e informadora no processo de construção de bacharéis capazes de romper com legalismos e sistemas para alcançar a compreensão das pessoas humanas como a luz que prisma sobre a ciência jurídica, não apenas justificar o reconhecimento de seres humanos sob a perspectiva contratual, na forma jurídica. Ou seja, ainda sob orientação do atual campo histórico da modernidade, o

A Contribuição da História Crítica para a Crítica do Direito...

recrudescer da juridificação do Estado moderno, de acordo com Robert Kurz. Longe de um fundamentalismo antropológico, a intenção aqui é denunciar a perda da função crítica e política do Direito, que o empareda como um arquétipo independente das ações humanas, atávico e anacrônico.

O domínio da história, especialmente a compreensão das técnicas adequadas de historiografia, possibilita a crítica do Direito, na medida em que restabelece a integração do Direito com o seu entorno, promovendo uma leitura mais integrada do fenômeno jurídico e identificando as externalidades que interferem no processo de produção, interpretação e aplicação do Direito.

O artigo foi redigido a partir de um método dedutivo – partindo da questão específica da ausência de crítica no Direito – e de uma pesquisa bibliográfica, amparada em textos jurídicos e historiográficos, foi organizado em três partes, cuja primeira tratou de uma visão do ensino jurídico contando com a divisão entre dogmática e zetética que Tércio Sampaio Ferraz Junior oferece e com a contextualização histórica de Lília Moritz Schwarcz, José Murilo de Carvalho e Sérgio Adorno, a segunda apresentou a História pelo viés crítico e plural a partir do referencial que fornecem Marc Bloch, Michel de Certeau e da contribuição de Julio Aróstegui, e, na terceira parte, para trazer a importância da História crítica para o Direito, o trabalho foi pautado na ideia de Ricardo Marcelo Fonseca, António Manuel Hespanha e Paolo Grossi para questionar o positivismo e apresentar um Direito mais afetado pela História. Descrita tal metodologia, resta justificada a inserção de uma literatura mais específica da História, como uma ponte para a compreensão de uma visão crítica do Direito, pela qualidade das informações culturais e sociais que podem ser obtidas através da articulação crítica da disciplina História do Direito na grade curricular.

2 UMA VISÃO DO ENSINO JURÍDICO

Para dizer a respeito do ensino jurídico, é necessário retomar o momento da independência do Brasil, um cenário que teria a marca de uma ruptura com o domínio português e imposição do país frente ao mundo, como independente, autônomo e capaz de operar em aspectos jurídicos e políticos como Estado, por isso, era necessária a criação de toda uma estrutura que tornasse propícia a manutenção do interesse nacional.

Desde os primeiros cursos de Direito que foram instalados no Brasil, a partir de 1828, a preocupação das escolas era com a formação de profissionais com possibilidades políticas, para a manutenção do projeto elitista-governamental de um Estado agora independente e desvinculado de Portugal, assim, “convertia-se o bacharel no grande intelectual da sociedade local, chamando a atenção o ecletismo das ideias e o pragmatismo em sua definição” (SCHWARCZ, 1993, p. 142).

Assim, tanto o curso de Direito de São Paulo, como o de Olinda – que foram os primeiros instalados no Brasil – tinham um forte vínculo com a questão de promover a independência política do país. É de se notar que com o Estado Nacional emergente, a preocupação da sociedade brasileira era com a sua autonomia cultural, para formar seu aparelho estatal e se tornar independente das universidades europeias, especialmente Coimbra, legitimando o processo descolonizador (ADORNO, 1988, p. 81).

O objetivo de romper com a cultura da metrópole portuguesa e traçar a própria identidade frente aos tradicionais modelos europeus, propiciando uma formação político-tecnista foi a característica dominante do projeto de ensino jurídico do Brasil. Como expressa SCHWARCZ (1993, p. 142), a ideia principal era romper com a hegemonia estrangeira, com a criação de escolas de direito que seria responsável pelo desenvolvimento de um pensamento original e com a incumbência de dar ao país uma nova Constituição.

Esse modelo de ensino contribuía para a estabilidade do sistema político imperial, com a ocupação dos espaços públicos pelas elites, e, mesmo rompendo laços com Portugal, o império reviveu a velha prática portuguesa de permitir longas carreiras políticas nas mãos da elite que cada vez mais acumulava experiência de governo (CARVALHO, 2008, p. 121). Toda a formatação da burocracia tinha inspiração no modelo português, deixando clara a influência de Coimbra nas terras brasileiras, em que pese, o “abrasileiramento” do ensino jurídico. A escola de direito buscava, em verdade a formação do bacharel para a atuação em cargos políticos.

A porta de entrada para a carreira política era o diploma de estudos superiores, para os menos ricos e a influência da família para os demais, com isso a magistratura revelava-se em um momento preliminar do aspirante a político, a preocupação maior do ensino jurídico era com a burocracia e com o conhecimento da lei, como Carvalho (2008) deixa claro em sua obra “A construção da ordem”, por isso, as ementas eram rigorosamente inspecionadas pelo governo, a fim de propiciar tanto a manutenção da elite como a unidade de pensamento adotada no Brasil na época imperial, portanto, a dialética dos títulos para garantir o direito de quem governa e de quem será governado. Como ressalta Jacques Rancière (2014), o “ódio à democracia decorre de sua própria natureza, haja vista que o "governo de qualquer um" está permanentemente sob a mira rancorosa daqueles munidos de títulos, seja o nascimento, a riqueza ou o conhecimento” (GAVIÃO, 2015).

Tanto a academia em São Paulo como em Olinda – que foi transferida para Recife em 1854 –, o retrato do bacharel ao longo dos primeiros períodos de formação era o de uma figura superior e intocada, responsável pelo futuro do país, já que ocupavam praticamente todas as nuances importantes do Estado, decidindo os caminhos políticos e perpetuando as elites no poder, “confiantes em sua posição de “missionários”, buscavam os juristas brasileiros cunhar para si próprios uma representação que os distinguisse dos demais cientistas nacionais” (SCHWARCZ, 1993, p. 187).

A Contribuição da História Crítica para a Crítica do Direito...

Essas propositais formatações dos cursos de Direito no Brasil, tinham uma orientação despreocupada com os interesses de justiça, voltando-se mais ao estudo e formação de *experts* em legislação, burocracia e com uma ideologia vinculada a ideias do liberalismo conservador que ao mesmo tempo que pregava a independência do país e sua autonomia econômica, mantinha a escravidão, o absolutismo e a hegemonia das elites, como pechas a um modelo aproximado de liberalismo ou de democracia:

Tais centros de reprodução da legalidade oficial positiva destinavam-se muito mais a responder aos interesses do Estado que às expectativas da sociedade. Na verdade, sua finalidade básica não era formar advogados, mas, isto sim, atender as prioridades burocráticas do Estado. Assim as escolas de direito foram destinadas a assumir duas funções específicas: primeiro, ser polo de sistematização e irradiação do liberalismo enquanto nova ideologia político-jurídica capaz de defender e integrar a sociedade; segundo, dar efetivação institucional ao liberalismo no contexto formado de um quadro administrativo-profissional.

[...]

As primeiras faculdades de Direito, inspiradas em pressupostos formais de modelos alienígenas, contribuíram para elaborar um pensamento jurídico ilustrado, cosmopolita e literário, bem distante dos anseios de uma sociedade agrária da qual grande parte da população encontrava-se excluída e marginalizada. (WOLKMER, 2002, p. 80-81)

Este modelo de “ensinar o direito” segue reproduzido ao longo das décadas, com poucas mudanças na passagem pela República, pela ditadura militar e pela redemocratização do Brasil. Ainda que o Estado tenha sofrido mutações, a ideologia do ensino jurídico manteve seu apego à dissecação da lei, pouco se importando com as questões sociais.

No escorço tradicional das grades curriculares do curso de graduação em Direito, as disciplinas ditas zetéticas (FERRAZ JR., 2003), quando são efetivamente ministradas, dividem espaço com as dogmáticas de iniciação, logo e tão somente no primeiro ano da academia, sobrepondo o ensino da lei aos rudimentos do Direito. O que Rogério Braga e Cláudio Bahia (2017, p. 378) advertem quando mencionam que o apego do sistema jurídico brasileiro pela lei não é

A Contribuição da História Crítica para a Crítica do Direito...

difundido tão somente nos bancos acadêmicos, mas na cultura nacional, esvaziando a natureza humanista que deveria ser o elemento norteador da construção do Direito e da academia.

Daí em diante, as disciplinas afetas à construção do conhecimento – filosofia, sociologia e história – caem no esquecimento e são ofuscadas pelas intermináveis leituras e doutrinas estritas do direito privado e do direito público. O *vademecum*, tal qual um livro guia do estudante de Direito, tem sua validade ditada pelas constantes inovações legislativas que precisam ser decoradas e repetidas como mantras, numa *conditio sine qua non*, se o objetivo do futuro bacharel é alcançar a aprovação em algum concurso do “leque jurídico de profissões” ou se quer ver o seu pedido procedente, como advogado de sucesso.

Essa mecanização do Direito, traduzida na busca por respostas e não por perguntas, é responsável pelo abandono da História, da Filosofia, da Política, da Sociologia e da Economia, como disciplinas que constroem as pilastras do conhecimento jurídico, pois na velocidade e fluidez da “modernidade líquida” (BAUMAN, 2001), não há tempo para reflexão, não se pode pensar muito tempo sem que se esteja perdendo algo.

Enquanto as disciplinas dogmáticas apresentam as “certezas” do sistema jurídico vigente, “a missão da história do direito é antes de problematizar o pressuposto implícito e acrítico das disciplinas dogmáticas, ou seja, o de que o direito de nossos dias é o racional, o necessário, o definitivo” (HESPANHA, 2005, p. 21).

A importância das disciplinas zetéticas ganhou reconhecimento formal pela Resolução nº 9 do Conselho Nacional de Educação (CNE) em 2004, para que fossem incorporados à grade curricular conteúdos essenciais sobre Antropologia, Ciência Política, Economia, Ética, Filosofia, História, Psicologia e Sociologia.

No entanto, a formação crítica ainda é debatida e não completamente superada nas práticas pedagógicas, pois não basta apenas passar pelas disciplinas zetéticas para a obtenção de um conhecimento ousado e novo, notadamente, dirigido ao aspecto

A Contribuição da História Crítica para a Crítica do Direito...

transformador e de aprimoramento da vida social. Nesse passo, a obrigatoriedade trazida pela Resolução nº 9 apenas reconhece “a necessidade de interlocução com outros campos do conhecimento, com outros sujeitos, com outras formas de construção do conhecimento que possam aprimorar o Ensino Jurídico” (MENDONÇA; ADAID, 2019, p. 842).

É de se observar que a pesquisa de Mendonça e Adaid (2019), tomou por base o ensino jurídico de 2004 a 2014, exame de 5.114 fontes, entre dissertações de mestrado e teses de doutorado, que destacam a ausência ou a fragilidade da crítica nos cursos de graduação em Direito, comprometendo a formação dos futuros profissionais que tratarão direta ou indiretamente dos problemas sociais, na produção de normas e de decisões judiciais e de governo. O que, todavia, se constitui em um paradoxo, se o campo da crítica não atentar para a fragilidade teórica em compreender os fenômenos que cercam a sociedade, em especial a universalidade abstrata na forma mercadoria. Isto porque, “a participação no mercado substitui a participação na política. O consumidor toma o lugar do cidadão” (HOBBSAWM, 2008), o que gera uma falsa percepção de que o ensino é uma mercadoria e não um processo de construção de conhecimento e emancipação do ser.

Longe de abordar de forma profícua o estado da arte do ensino jurídico, que não constitui o objeto mais próximo desta pesquisa, é de se citar as contribuições do caráter crítico da abordagem histórica do Direito, como ressalta Lopes (2011), pois tal leitura pode evidenciar o que “seu autor original não pretendesse exatamente transmitir-nos” ou ainda como Slemian (2016) aponta que, pelo ponto de vista historiográfico, o Estado não valoriza as dimensões culturais, numa espécie de busca por um progresso econômico a qualquer custo.

Com o intuito articulador, ou seja, de tornar a sala de aula em um ambiente de discussão e de interação entre disciplinas tradicionais e disciplinas reflexivas, a formação crítica pode ser alcançada mediante a abordagem da História, revestida de criticismo, para

interação e compreensão dos fenômenos sociais e não somente normativos como o Direito positivista pode fornecer.

3 A HISTÓRIA CRÍTICA E A PLURALIDADE DE VISÕES

A História recebe um importante aporte teórico e crítico quanto ao modo como é produzida, assim como outras ciências especialmente de matiz social. Um dos questionamentos mais intrigantes que envolvem as ciências sociais é quanto às técnicas e as influências do cientista ou observador no objeto. Importante consignar que a História crítica visa romper a característica de unicidade. É na historiografia que se encontra uma das mais importantes nuances da quebra da ideia de História única, aqui reside entender que existiram e existirão, sempre, visões plurais. Visões estas que não podem ser mitigadas ou escondidas em outros fatos, tidos por mais relevantes, de acordo com grupos hegemônicos do poder ou da ideologia no tempo dos registros. Como asseverou Michel de Certeau (2006, p. 64), por mais gerais que sejam as leituras ou considerações, a fim de suprimir as particularidades, a subjetividade do lugar de onde se falar e do domínio com que se realiza uma investigação constituem uma marca indelével.

Uma História que se atém aos aspectos isolados, que não busca investigar ao pano de fundo, as evidências da sociedade e fazer um cotejo com possíveis resquícios que ainda resistem ao tempo. É uma História pela metade, tal qual uma moeda cunhada em uma face só, pois, por mais que existam especialistas em ramos cada vez mais profundos de estudo, “isolado, nenhum deles jamais compreenderá nada senão pela metade, mesmo em seu próprio campo de estudos; e a única história verdadeira, que só pode ser feita através de ajuda mútua, é a história universal (BLOCH, 2001, p. 68).

Longe de uma moeda que possui duas faces, a História é multifacetada e investiga o inerte e misterioso passado. Como mencionou Bloch (2001, p. 75), “o passado é, por definição, um dado que nada mais modificará. Mas o conhecimento do passado é uma coisa em progresso, que incessantemente se transforma e aperfeiçoa”. O que corresponde à dialética do tempo aludida por Benjamin (1994, p. 225) em suas teses sobre a história, destacando a necessidade de “escovar a história a contrapelo”, para se afastar do processo de transmissão da tradição.

Michel de Certeau (2006, p. 65-66) assevera que toda pesquisa historiográfica tem um lugar, e é inevitável o contato com o social, o político, o econômico e o cultural, a partir disso, os métodos, os interesses, os documentos e as propostas são delineados e organizados. Por isso, é muito difícil erigir uma ciência “pura” da História nos moldes exigidos pelo positivismo, não ter no historiador um reflexo, a cópia verossímil de determinado fato, mas é na sua percepção, na oportunidade de visão e de contato com o objeto de sua ciência que se logra a História como, verdadeiramente, um estudo da humanidade no tempo. Daí ressaltar o aspecto da consciência do sujeito historiador para, a partir de uma perspectiva completamente externa ao objeto, que é o passado histórico, percebê-lo na sua integralidade e conhecê-lo nessa sua exterioridade de modo que o historiador será capaz de conhecer o passado de forma autônoma e potente como realmente ocorreu, pois como Fonseca (2013, p. 158) ressalta, o passado histórico é complexo e não se apresenta como um espetáculo ao observador submisso e neutro, mas influencia até mesmo a construção do sujeito historiador.

Esta capacidade construtiva da História é que permite à humanidade o conhecer e não apenas um lembrar seletivo do passado, pois não é sempre que o registro, o testemunho e o documento trazem aquilo que aconteceu, mas apenas um recorte. As evidências são o *standard* do historiador, que a partir disso pode inclusive contestar a versão hegemônica do passado, a partir da busca pela pluralidade de fontes e de visões, como asseverou Bloch (2001, p. 105-106), a

A Contribuição da História Crítica para a Crítica do Direito...

faculdade da observação é variável de indivíduo para indivíduo e não se figura como uma constante social, dado a isso que algumas épocas foram mais desprovidas, dessa observação, do que outras, razão pela qual os testemunhos – ainda que embrenhados pelas fraquezas dos sentidos e da atenção – remontam a causas muito mais importantes para o meio social do indivíduo, vindo a tornar-se em documento. É bem acertado afirmar que um documento não é fonte segura, se traduz uma mentira em seu conteúdo, daí dizer, sem perder o foco na possibilidade em compreender o presente sendo iluminado pelo passado, tal como uma sombra que questiona e estimula a reflexão histórica para realizar um devir distinto e passível de transformação, como assevera Benjamin (1994, p. 223-224) “somente para a humanidade redimida o passado é citável, em cada um de seus momentos”, “pois é irrecuperável cada imagem do presente que se dirige ao presente, sem que esse presente se sinta visado nela”. É precisamente nesse campo, de ruptura com a objetividade, que é possível se inserir a História crítica, “a ‘relatividade histórica’ compõe, assim, um quadro onde, sobre o fundo de uma totalidade da história, se destaca uma multiplicidade de filosofias individuais, as dos pensadores que se vestem de historiadores” (CERTEAU, 2006, p. 66).

Acaba que o lugar da História tem uma função dupla e a árdua missão do historiador é evidenciar aquilo que não está inserido no registro oficial, ou seja, o historiador torna possível as pesquisas em situações e problemas comuns, mas em outras tem que trabalhar com questões praticamente impossíveis, excluindo do discurso aquilo que é sua condição atual e representando o papel de censura com relação a afirmações presentes na análise, para evidenciar que a pesquisa histórica pode conter um ponto cego que não a torna compatível com qualquer fato que pretenda passar pela sua análise (CERTEAU, 2006, p. 76).

No ponto cego e na impossibilidade é que incide o viés crítico, na busca pelo não-escrito, pela versão do subjogado é que se torna possível a função construtiva e modificadora da percepção do presente e da aspiração do futuro, pois a partir da ideia de que uma obra

A Contribuição da História Crítica para a Crítica do Direito...

histórica participa do movimento pelo qual a sociedade modifica sua própria natureza, transformando a visão a respeito das coisas, o historiador ao não se contentar com uma linguagem cultural descritiva, “civiliza” – coloniza e altera – a natureza, transformando a floresta em exploração, a montanha em paisagem, a igreja em museu (CERTEAU, 2006, p. 78-79). Nesse processo de “civilização da natureza” é que a visão crítica surge como ferramenta que denuncia os problemas da sociedade e pode apontar para a solução desses conflitos que, muitas vezes, atravessam séculos naturalizados pelo processo de transmissão dos fatos, tal como Judith Butler (2017a), por exemplo, aponta a violência legitimada na sociedade, ou como Loewenstein (1979) aponta que a separação dos Poderes e o voto legitimam os interesses da burguesia e não do povo.

Como Michel de Certeau (2006, p. 79-80) alerta, os livros históricos vão se tornando romanescos ou legendários, sem produzir a transformação necessária da cultura, sendo esta sua perda crítica a própria perda científica, contrariando assim o postulado positivista da monovisão. Ocorre que, quanto mais o historiador repete – e menos investiga – mais fundamento seu trabalho encontra, à semelhança de outras obras nas prateleiras das bibliotecas, enquanto as memórias vivas se perdem e os vestígios do passado vão se tornando cada vez mais difíceis de se garimpar, tornando em verdade quase incontestável um fato tomado de relevância pela sua repetição e “argumento de autoridade” baseado no critério temporal.

Ocorre que para a historiografia são empregadas técnicas, classificadas em qualitativas e quantitativas (AROSTEGUI, 2006, p. 514;518), das quais, são qualitativas: a observação documental (arquivos, imprensa, publicações oficiais, textos bibliográficos), as técnicas arqueológicas, as técnicas filológicas (análise de conteúdo, estudos linguísticos) a pesquisa oral (história oral e questionário); e são quantitativas: a tabulação e indexação, a estatística (descritiva e inferencial), a análise textual qualificada e as técnicas gráficas. Cada uma dessas técnicas em suas peculiaridades serve como ferramentas ao historiador para o alcance do seu objetivo, de modo que uma não

A Contribuição da História Crítica para a Crítica do Direito...

anula a outra e pode ser adaptada de acordo com a necessidade que a pesquisa demanda. A distinção entre a qualidade e a quantidade permite que a pesquisa tenha um caráter de selecionar os dados com os quais se desenvolverá o trabalho e, ao mesmo tempo, pela quantidade, verificar aquilo que ressalta em meio ao homogêneo, assim, o historiador consegue fixar um bom recorte metodológico que permite o aprofundamento da sua pesquisa.

Seria interessante a maior utilização possível de técnicas para a historiografia, porém, “enquanto a pesquisa é interminável, o texto deve ter um fim, e esta estrutura de parada chega até a introdução, já organizada pelo dever de terminar” (CERTEAU, 2006, p. 93). Assim, a História ganha importância pela pluralidade de visões que pode proporcionar diante de um mesmo recorte temporal, não havendo uma versão absoluta de um fato sobre outro, mas uma conjugação que permita evidenciar a multiculturalidade, as classes sociais e as organizações políticas e institucionais da humanidade em seu tempo. E como complementa Cardoso (2012, p.18), a nova postura sociocultural fomenta um “recorte mais micro” dos objetos analisados, razão pela qual o estudiosos deve levar em conta que as posturas epistemológicas (reconstrucionista, construcionista e desconstrucionista, não se esgotando somente nelas) continuam presentes e ativas, não havendo mais lugar para inocência epistemológica já que as críticas de uma ou outra tendência somente têm sentido se são fundamentadas em uma base historiográfica suficiente, não se limitando a citar princípios ou referenciais teóricos favoritos. Assim, a historiografia, cada vez mais se torna uma atividade séria e plenamente viável de utilização em outras áreas de estudo.

4 A IMPORTÂNCIA DA HISTÓRIA CRÍTICA PARA O DIREITO

A Contribuição da História Crítica para a Crítica do Direito...

A busca por uma formação crítica é uma incessante e sem uma resposta correta, tanto que diversos pensadores da Ciência Jurídica apontam a carência desse quesito na formação do bacharel, nesse sentido destacam-se Luis Alberto Warat (1982), Eduardo Bittar (2002), Roberto Lyra Filho (1980), Antonio Carlos Wolkmer (2012), entre outros. Como apontam Mendonça e Adaid (2019, p. 838) a interdisciplinaridade permite a formação crítica ao possibilitar um conhecimento construído a partir de diálogos entre os professores, bem como pode fomentar a abordagem de temas transversais de cunho zetético, ainda que dentro de uma disciplina predominantemente dogmática.

A partir da História em sentido lato, buscar-se-á a mesma aplicação crítica para a História do Direito. Aliás, existiria uma História, apartada do Direito? Comumente, o que se deixa de legado aos bacharéis é uma releitura anacrônica dos institutos jurídicos. No Brasil, há um ensino voltado muitas vezes ao Direito Romano, trazendo seus institutos num aspecto evolutivo do pensamento jurídico, incorrendo, muitas vezes, em desvios epistemológicos.

No entanto, pelo aporte crítico, a História do Direito, incumbe-se da tarefa de explicitar que o Direito existe sempre em sociedade e que, em qualquer modelo que seja utilizado para descrever ou explicar suas relações com os contextos sociais, as soluções jurídicas são sempre contingentes em relação a um dado envolvimento (HESPANHA, 2005, p. 21). Esta é a função crítica da História e que pode ser assumida também por outras disciplinas como a sociologia, a antropologia jurídica ou a teoria do Direito enquanto busca mostrar os aspectos de formação, reconhecimento e aderência do Direito como regulador da sociedade.

Uma disciplina de cunho propedêutico e que proporciona um reconhecimento crítico acerca do Direito e da Justiça não pode ser tratada com aspecto acessório, precisando ocupar um lugar de destaque e de irradiação por toda a ementa que compõe um curso de formação superior, em especial o Direito já que se situa na área das ciências sociais aplicadas e, por isso, estuda, predominantemente fatos

A Contribuição da História Crítica para a Crítica do Direito...

sociais e humanos buscando evitar e solucionar conflitos. Entretanto, a alteridade Direito/Leis não pode ser negligenciada, pois a realização de Justiça, no sentido platônico de dar a cada um a obrigação que lhe cabe, de acordo suas próprias aptidões (PLATÃO, 2001), engendra um recorrente debate sobre a relação Estado/ideologia – no atual campo histórico da modernidade – ser uma constante. Neste contexto, a máxima arendtiana sobre as mudanças de fato serem de origem extralegal merecem total atenção, pois a desobediência civil, por exemplo, é uma ferramenta para liberdade (ARENDDT, 1972).

A construção do Direito desafia a sua efetividade, ou seja, para que normas sejam respeitadas precisam ser válidas e para que sejam válidas precisam ser legítimas, não de seu aspecto formal, mas de seu aspecto material, implicando, portanto, em uma aceitação ou consenso social que lhe dão o caráter de respeitabilidade e necessidade. É neste aspecto que o Direito obriga e que a História do Direito pode atuar como um estudo da percepção do ordenamento jurídico pelas pessoas. A partir de um processo diacrônico é possível de se aferir a legitimidade de uma determinada norma jurídica, notadamente, uma História crítica põe em desvantagem a legitimação do Direito ao expor as fissuras não contadas, a história dos pobres, das mulheres, das minorias e dos excluídos. A partir da inferência de Butler (2017b, p. 104), “Benjamin buscou identificar esses momentos em que a história dos oprimidos surge num lampejo, até mesmo como um sinal de perigo, rompendo ou interrompendo o *continuum* da história ao qual damos o nome de progresso”.

Como Benjamin (1986, p.162) afirmou, “o interesse do direito em monopolizar o poder diante do indivíduo não se explica pela intenção de garantir os fins jurídicos, mas de garantir o próprio direito”, passagem que Santos (2010, p. 109) elucida a partir da ideia de que “a dinâmica da história se desenvolveu tendo como artífices destas decisões poderes soberanos reconhecidos ou não. Para agir, o direito necessita ser, enquanto tal, o poder mesmo donde parte qualquer decisão que incida sobre o plano social que regula”.

Cabe ressaltar que essa busca por uma legitimação do Direito é encampada pela História do Direito, possibilitando que a História seja usada – como foi em muitos momentos nas civilizações gregas e romanas, em períodos medievais e modernos – para provar que certa categoria do discurso jurídico ou uma solução jurídica pertencem à “natureza das coisas” ou decorre, de categorias eternas da justiça ou da razão jurídica (HESPANHA, 2005, p. 25-28), somente ganha validade se não se estabelecer como a única versão do que aconteceu em determinado tempo. Quando a História assume um papel descritivo-progressista, apontando, em certa medida, para uma percepção linear e evolucionista do Direito, indicando que o passado seria uma peça rudimentar e obsoleta e que o presente é uma espécie de ápice, uma perfeição em si próprio, induz ao erro do progresso, colocando o passado numa posição de desvantagem, o presente numa zona de impotência e o futuro numa utopia. Revela-se problemático esse modo de legitimar o Direito pela deformação das perspectivas do campo histórico, na qual os objetos e as questões são recortados a partir do modo de ver e conceber contemporâneo, ao que Hespanha (2005, p. 30) advertiu que o passado é tido como prisioneiro das categorias, problemáticas e angústias do presente, perdendo seu valor e seu peso, na lida com as questões e formas desenvolvidas para resolvê-las.

É o problema de uma visão sincrônica do Direito, que se volta a estudar a História do Direito a partir de um método comparativo dos modelos jurídicos de cada tempo, sem considerar as influências e impactos das normas sobre a sociedade e da sociedade sobre as normas. Vejamos, por exemplo, um efeito de uma incompreensão contemporânea de um instituto constitucional:

Art. 5º (...)

LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

LVIII – o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei;

A leitura do texto constitucional leva ao Supremo Tribunal Federal a controvérsia debatida nas Ações Diretas de

Constitucionalidade n^{os} 43 e 44, que se contextualiza na decisão a seguir:

EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE APÓS O ESGOTAMENTO DO PRONUNCIAMENTO JUDICIAL EM SEGUNDO GRAU. COMPATIBILIDADE COM O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. **ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO HC 126.292.** [...] 1. No julgamento do Habeas Corpus 126.292/SP, a composição plenária do Supremo Tribunal Federal retomou orientação antes predominante na Corte e assentou a tese segundo a qual **“A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5^o, inciso LVII da Constituição Federal”.** [...] 3. Inexiste antinomia entre a especial regra que confere eficácia imediata aos acórdãos somente atacáveis pela via dos recursos excepcionais e a disposição geral que exige o trânsito em julgado como pressuposto para a produção de efeitos da prisão decorrente de sentença condenatória a que alude o art. 283 do CPP. [...]. Na espécie, **o debate cinge-se ao plano processual**, sem reflexo, direto, na existência ou intensidade do direito de punir, mas, **tão somente, no momento de punir.** 6. Declaração de constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, com **interpretação conforme à Constituição, assentando que é coerente com a Constituição o principiar de execução criminal quando houver condenação assentada em segundo grau de jurisdição, salvo atribuição expressa de efeito suspensivo ao recurso cabível.** (ADC 43 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 05/10/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-043 DIVULG 06-03-2018 PUBLIC 07-03-2018)

A superação – semântica – do precedente pela Corte não se coaduna com a razão existencial e crítica da disposição legal, vez que após a “superação formal da ditadura militar” – cabe o adendo de que os movimentos que originaram a própria Constituição Federal não eliminaram a ditadura do país, pois pelos pressupostos históricos do passado contínuo, o Brasil atual é uma referência dessa tipologia, se considerado que o “estado de exceção em que vivemos é a regra” (BENJAMIN, 1994, p.226) conceituado por Agamben (2004) como uma situação de suspensão da ordem jurídica na qual vigora uma ordem política com “força de lei” ou como Boaventura de Sousa Santos

(2016) retrata um tempo de “sociedades que são politicamente democráticas mas socialmente fascistas” –, que aconteceu antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, existia um consenso sobre o valor da liberdade em todas as suas facetas, como se espera de um ambiente politicamente redemocratizado. Com isso, antes mesmo da vigência da disposição constitucional já era esperado que não mais haveriam prisões arbitrárias e sem qualquer fundamentação fática e jurídica. Todavia, entendeu o legislador constituinte por trazer positivado o postulado de exaurir em liberdade o direito de defesa na seara penal, como uma garantia de integridade de um direito fundamental individual. Ocorre que desde 2016, pelo menos, é debatida no STF a extensão da expressão “trânsito em julgado”, excepcionalmente com um viés de que a prisão em segundo grau é possível como uma medida de exequibilidade da sentença penal e que a presunção da inocência se confunde no exacerbo da (má e duvidosa) utilização dos sistemas recursais. Claramente, o precedente histórico se desviou da sua realidade experimentada e se vinculou ao presente, para trazer uma solução ao problema contemporâneo do sistema carcerário – que nem é tão contemporâneo assim –, assim como para buscar dar efetividade ao processo penal, sacrificando o direito de liberdade antes de ocorrer, de fato, o trânsito em julgado. Neste sentido avançam as percepções de alguns juristas e vai se desenhando o entendimento jurisprudencial, porque a interpretação emanada do Poder Judiciário não pode ceder às pressões políticas e populares, sob pena de tornar-se acrílica e manipulada.

Pelo viés crítico se reconhece que a História não serve para trazer uma concepção teleológica do que se constrói no Direito, e é preciso explicar essa afirmação. O papel crítico da História não é esvaziar a finalidade dos institutos jurídicos contemporâneos, mas é justamente trazer a ideia de que não há um movimento linear, ou seja, na História há descontinuidade e ruptura, assim como um mesmo problema nem sempre pode ter a mesma medida como solução. Os valores podem ser obtidos pelo conhecimento da História, mas não são mantidos e assim significados por um processo contínuo e progressivo.

A Contribuição da História Crítica para a Crítica do Direito...

A evolução do Direito é objeto de uma percepção fornecida pelas idas e vindas que a História permite conhecer, de modo que o presente é encarado como um *locus* em que acaso nos situamos e não como a expressão do fracasso ou da vitória da humanidade.

Contudo, a ideia de descontinuidade, se nos dá uma perspectiva sobre o presente, também influencia o nosso modo de observar o passado. Este deixa de ser um precursor do presente, um ensaiador de soluções que vieram a ter um completo desenvolvimento no presente. E, com isto, deixa de ser lido na perspectiva do que veio depois. O passado é libertado do presente. A sua lógica e as suas categorias ganham espessura e autonomia. A sua diferença emerge majestosamente. Esta emergência da diferença, dessa estranha experiência que nos vem do passado, reforça decisivamente o olhar distanciado e crítico sobre os nossos dias (ou no nosso caso, sobre o direito positivo), treinando-nos, além disso, para ver as coisas diferentes na aparente monotonia do nosso tempo. (HESPANHA, 2005, p. 43)

A História não se coloca como uma narração vazia de um fato, meramente com o objetivo de registro, mas trabalha com contextos e percepções que tornam relevantes o relato. Nesse sentido, ao mesmo tempo que se constitui em um grande inventário da Humanidade, a História expressa mais do que textos escritos – reduzindo-se a esta forma de contar –, razão pela qual é necessária sua interpretação. Por isso é que a historiografia de inspiração hermenêutica precisa considerar o que fazer com os textos variados e, por vezes, contraditórios à realidade, a compreensão histórica demanda entender os conteúdos representativos, o conteúdo e a forma narrativa, a par de uma reconstrução dos efeitos sociais relevantes e transformações induzidas (COSTA, 2010, p. 25).

Como afirma Costa (2010, p. 26) o pensamento hermenêutico demanda dar um passo atrás da realidade do texto para ler a historiografia, a realidade é enfrentada sem o atributo da consciência aproximada dos particulares, o que a torna, por vezes confusa, exigindo a busca do que as narrativas tentam comunicar.

Reconhecer, através da hermenêutica, não só o que é comunicado, mas o que determinada narrativa tenta comunicar representa a superação de uma “verdade posta” e possibilita uma

A Contribuição da História Crítica para a Crítica do Direito...

compreensão do objeto sem a necessidade de validar o conhecimento obtido por tradições, perpetuação e outras alegorias que se põem para passar uma higidez falseada aos institutos jurídicos que privilegia fontes ou pessoas “a historiografia jurídica não produz narrativas historiograficamente mais importantes que ou menos importantes que aquelas produzidas por qualquer outra possível historiografia” (COSTA, 2010, p. 28).

Outro exemplo da importância da História crítica para o Direito reside na concepção moderna de Estado e de direitos fundamentais individuais. Afinal, do ponto de vista histórico, o constitucionalismo, e em geral o constitucionalismo moderno com base na organização e na limitação do poder, é um produto da ideologia liberal (LOEWENSTEIN, 1979, p. 151), manejado para proteger a burguesia do absolutismo. A influência liberal no Direito promove a manutenção de interesses em proteger a liberdade individual e a propriedade, deixando de lado a própria noção de ser humano, e a noção de direito ao voto no modelo representativo, em nome do povo garante o interesse das elites, visto que os interesses populares, quando muito, ocupam o papel secundário das pautas de discussão por quase todos os períodos em que se estabeleceu uma ideia republicana de Estado.

Assim, mais do que uma História do Direito, urge uma História crítica do Direito, para superar o pensamento positivista e de hegemonia ideológica pautada em um liberalismo-conservador que reproduz modelos atávicos e degenerativos sobre o Direito, afastando-o, em hermenêutica regressiva, da justiça e da igualdade substancial entre as pessoas. Em países que experimentam o contexto da Modernidade Tardia (GIDDENS, 1991), como o Brasil, marcados por “antagonismos sociais e por uma série de distinções, que são capazes de produzir uma variedade de posições de sujeitos e de identidades” (ALVES, 2013, p. 120), a História crítica se mostra com grande aptidão para nortear o pensamento jurídico a respeito da produção de soluções para os problemas sociais do país e não apenas preocupações com a

dogmática jurídica, que é importante, mas, desprovida da contextualização e da criticidade, é vazia.

Com referência ao latente papel da História, no sentido materialista, como um freio para interromper a irracionalidade do progresso ou irracionalidade empresarial, que culmina neste limiar de século XX em um projeto no qual os custos sistêmicos superaram a rentabilidade prometida e, mesmo sob a orientação consenso ou coerção, deslegitimam um modelo no qual as relações sociais são dependentes de um elemento externo na forma de mercadoria, ou seja, sob o estigma do fetiche. É isso que Kurz (1997, p. 33) traz à luz quando menciona que “a universidade não vai se ver livre do ‘mofo de mil anos’ por meio de uma modernização capitalista, pois o próprio capital é o mofo residual de uma pré-história de mil anos do fetichismo social”.

Importa dizer que “o pensamento jurídico não é escrito sobre tábuas sagradas; é escrito prevalentemente sobre as coisas; aliás, mais ainda, sobre coisas mutáveis da história humana” (GROSSI, 2006, p. 143), por isso não só por ser escrito sobre coisas mutáveis, mas pela necessidade de carregar consigo a fórmula mudança, o Direito precisa da luz da História para iluminar os escuros caminhos das misérias, desigualdades e injustiças.

5 CONCLUSÃO

A forma como o ensino jurídico busca consolidar um pensamento a respeito do Direito e da justiça, precisa de uma revisitação intensa às questões sociais, o bacharelismo que se erigiu no sistema político imperial com uma ideia de preparação para a burocracia permanece com influências até hoje.

As referências fornecidas por Sérgio Adorno, José Murilo de Carvalho e Lilia Moritz Schwarcz, demonstram que o curso de Direito

A Contribuição da História Crítica para a Crítica do Direito...

carrega um projeto elitista de formação do pensamento jurídico. Em complemento, a posição historiográfica de Marc Bloch, Michel de Certeau e de Julio Aróstegui, são elementares para a percepção do quadro social que deve ser criticamente trabalhado nos cursos de Direito. O posicionamento de Ricardo Marcelo Fonseca, António Manuel Hespanha e Paolo Grossi sobre o positivismo são essenciais para romper com o viés tradicional que se perpetua no ensino jurídico e para nortear a prática pedagógica com a inserção de pautas mais críticas, inclusive sobre disciplinas dogmáticas.

Por meio das disciplinas propedêuticas, insere-se formalmente o pensamento crítico no Direito para alcançar, na prática, debates mais aproximados da ideia de justiça e para a formação humanística do profissional que, afinal, terá de trabalhar diretamente com vidas e problemas das pessoas.

A necessidade redesenhar o pensamento jurídico que é mais pautado em uma unidade ideológica liberal-conservadora, transfere aos docentes a tarefa de inserir o conteúdo da História, da Filosofia e da Sociologia, entre outras, para dar abertura ao agir político plural e que não limita as discussões acadêmicas ao âmbito de validade dos textos legais.

Questões como a profissionalização e o dogmatismo do Direito, de certa forma, forçam as faculdades a não promover um ecletismo na composição das grades curriculares, reservando quase que a integralidade das disciplinas às matérias que estudam basicamente as normas, por exigência e necessidade de uma formação voltada para a ocupação de cargos públicos em sua maioria.

Sem prejuízo, pela força do positivismo – ainda que exista uma ou outra ideia mais plural do ensino jurídico – é que o Direito encontra resistência em reconhecer a influência das disciplinas propedêuticas, já que, na letra da lei estão abarcadas e protegidas todas as necessidades do indivíduo, enquanto senhor de alguma coisa, fixando nessa segurança jurídica a resposta às questões que por ventura se levantem na sociedade.

Em tom de exclusão, as próprias vertentes dos direitos fundamentais sociais encontram ainda hoje resistências tanto na efetividade como em discursos notadamente embasados na ideia liberal. A História ao promover o descortinar das mazelas da humanidade, pelo viés crítico, expõe as fragilidades do Direito em modelo legislativo e impõe a necessidade de pensar soluções que estão além da lei, mas ainda aquém da sociedade. É, neste hiato que opera o pensamento crítico, já em tom de inclusão, propondo novas saídas através da hermenêutica jurídica pautada no reconhecimento das desigualdades, da pluralidade de vidas e pensamentos e propondo não apenas respostas, mas também perguntas que permitem a construção do pensamento para a solução dos problemas que o Estado Social enfrenta na sua implementação, é defendida a ideia de valorizar a História para que o Direito tenha uma história digna no Brasil.

Data de Submissão: 21/02/2019

Data de Aprovação: 04/05/2019

Processo de Avaliação: *double blind peer review*

Editor Geral: Jailton Macena de Araújo

Editor de Área: Fernando Joaquim Ferreira Maia

REFERÊNCIAS

ADORNO, Sérgio. **Os aprendizes do poder:** o bacharelismo liberal na política brasileira. Rio de Janeiro : Paz e Terra, 1988.

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção.** Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

ALVES, Fernando Brito. **Constituição e participação popular:** a construção histórico-discursiva do conteúdo jurídico-político da democracia como direito fundamental. Curitiba: Juruá, 2013.

ARENDDT, Hannah. **Crises of the republic:** lying in politics; civil disobedience; on violence; thoughts on politics and revolution. New York: Harcourt Brace Jovanovich, 1972.

ARÓSTEGUI, Julio. Método e técnicas na pesquisa histórica. In: ARÓSTEGUI, Julio. **A pesquisa histórica:** teoria e método. Tradução de Andrea Dore. Bauru, SP: EDUSC, 2006, p. 513-558.

BLOCH, Marc. **Apologia da história, ou, O ofício de historiador.** Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

BRAGA, Rogério Piccino; BAHIA, Claudio José Amaral. A superação do ensino jurídico de dissecação de cadáveres: uma proposta argumentativa acadêmica rumo à efetivação de direitos. In: **XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - Brasília – DF. Pesquisa e educação jurídica.** Florianópolis: CONPEDI, 2017. p. 371 - 389. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/roj0xn13/3lj73ml2/iu1r213ygbHBL5GQ.pdf> Acesso em: 13 jun. 2018.

BRASIL. **Resolução n. 9, de 29 de setembro de 2004.** Institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Direito e dá outras providências. Brasília: Conselho Nacional de Educação, Câmara de Educação Superior, 2004.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida.** Tradutor Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. Rio de Janeiro : Civilização Brasileira, 2008.

BITTAR, Eduardo C. B. **Metodologia da Pesquisa Jurídica.** Teoria e Prática da Monografia para Cursos de Direito. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002.

BENJAMIN, Walter. **Magia e técnica, arte e política:** ensaios sobre literatura e história da cultura. TRad. Sérgio Paulo Rouanet. 7 ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.

BUTLER, Judith. **Relatar a si mesmo: crítica da violência ética.** Belo Horizonte: Autêntica, 2017a.

BUTLER, Judith. **Caminhos divergentes:** judaicidade e crítica do sionismo. São Paulo: Boitempo, 2017b.

CARDOSO, Ciro Flamarion. História e conhecimento: uma abordagem epistemológica. IN: CARDOSO, Ciro Flamarion Cardoso; VAINFAS, Ronaldo. **Novos domínios da história.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

CARVALHO, José Murilo de. **A construção da ordem:** a elite política imperial. 4ª ed.

A Contribuição da História Crítica para a Crítica do Direito...

CERTEAU, Michel de. **A escrita da história**. Tradução de Maria de Lourdes Menezes. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

COSTA, Pietro. **Soberania, representação, democracia: ensaios de história do pensamento jurídico**. Curitiba: Juruá, 2010.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito, técnica, decisão, dominação**. 4ª ed. São Paulo : Atlas, 2003.

FONSECA, Ricardo Marcelo. O POSITIVISMO, “HISTORIOGRAFIA POSITIVISTA” E HISTÓRIA DO DIREITO. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho - PR, n. 10, p. 143-166, fev. 2013. ISSN 2317-3882. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/131>. Acesso em: 16 abr. 2018.

GAVIAO, Leandro. RANCIÈRE, JACQUES. O ÓDIO À DEMOCRACIA. SÃO PAULO: BOITEMPO EDITORIAL, 2014. **Revista de História** (São Paulo), São Paulo, n. 173, p. 497-503, Dez. 2015. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-83092015000200497&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 23 Apr. 2019

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. São Paulo : Editora da Universidade Estadual Paulista, 1991.

GROSSI, Paolo. Pensamento jurídico. In: GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios**. Tradução de Luiz Ernani Fritoli, Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 139-146.

HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

HOBSBAWM, Eric. **Globalização, Democracia e Terrorismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2008

KURZ, Robert. **A falta de autonomia do Estado e os limites da política**: quatro teses sobre a crise da regulação política. 1995. Tradução de Peter Neumann. Disponível em: <http://www.obeco-online.org/rkurz66.htm>. Acesso em: 18 abr. 2019.

KURZ, Robert. **Os últimos combates**. Petrópolis: Vozes, 1997

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la constitución**. 2ª Edición. Traducción de Eduardo Espin. Barcelona: Editora Ariel, 1979.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história: lições introdutórias**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

LYRA FILHO, Roberto. **Problemas atuais do ensino jurídico**. Brasília: Obreira, 1981

NISHIKAWA, Taíse Conceição; SANTIN, Janaína Rigo. APRESENTAÇÃO DO DOSSIÊ DIREITO & HISTÓRIA. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho - PR, n. 25, mar. 2017

MENDONÇA, Samuel; ADAID, Felipe Alves Pereira. Tendências teóricas sobre o Ensino Jurídico entre 2004 e 2014: busca pela formação crítica. **Revista Direito GV**, [S.l.], v. 14, n. 3, p. 818-846, jan. 2019. ISSN 2317-6172. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/78013/74750>. Acesso em: 12 Fev. 2019.

PLATÃO. **A república**. Tradução e notas de Maria Helena da Rocha Pereira. 9 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

SANTOS, André Ricardo Dias. Violência e poder: o conceito de Estado de Exceção para Walter Benjamin e algumas de suas implicações na Filosofia Política contemporânea. **Prim@ Facie**: PPGCJ, João Pessoa, v. 9, n. 16, p.102-120, jan/jun 2010. Disponível em: <http://www.periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/primafacie/article/view/6970/5421>. Acesso em: 22 abr. 2019.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Os perigos da desordem jurídica no Brasil. In. PRONER, Carol; CITTADINO, Gisele; TENENBAUM, Marcio; RAMOS FILHO, Wilson. **A resistência ao golpe de 2016**. São Paulo: Projeto Editorial Praxis, 2016.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. **O espetáculo das raças: cientificistas, instituições e questão racial no Brasil – 1870-1930**. São Paulo : Companhia das Letras, 1993.

SLEMIAN, Andréa. À espreita do Estado: reflexões sobre sua formação a partir das Independências na América. **Almanack**, [s.l.], n. 13, p.44-55, ago. 2016. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/2236-463320161303>.

WARAT, Luis Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. **Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, p. 48-57, jan. 1982. ISSN 2177-7055. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/17121/15692>. Acesso em: 12 fev. 2019.

WOLKMER, Antonio Carlos. **História do direito no Brasil**. Rio de Janeiro : Forense, 2002.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

The Contribution of Critical History to Criticism of Law: A View of Classical Baccalaureate and Brazilian Legal Education

Fernando de Brito Alves

Vinícius Alves Scherch

Abstract: The domain of a juridical technique has, more and more, put the dogmatic disciplines in prominence in the curricular grades of the courses of Law. There is a loss of reason as an activity to think critically of legal problems, by the lack of contact with the propedeutic disciplines in legal education, to give way to the search for shelf knowledge that serve for the search for systematic approval in contests. This work aims to present a vision of legal education, also bringing a contribution on the critical history and the plurality of visions, as well as its importance for the Law. By the critique that was woven against traditional legal education, provided by the deductive method and the bibliographical research, it was possible to conclude that History can bring to social Law previously neglected by the baccalaureate and foment debates closer to the idea of justice, favoring the humanist formation of the professional.

Keywords: Legal education. History of Law. Critical thinking. Pluralism. Positivism.

RESENHA

Necropolítica: Biopoder, Soberania, Estado de Exceção, Política da Morte

Luzia Bernardes da Silva

Mestranda em Fronteiras e Direitos Humanos da Faculdade de Direito e Relações Internacionais-UFGD. E-mail: lubersil@hotmail.com

Gustavo de Souza Preussler

Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Programa de Pós-graduação Stricto Sensu (Mestrado Multidisciplinar) em Fronteiras e Direitos Humanos. E-mail: gustavopreussler@ufgd.edu.br

MBEMBE, Achille. Tradução de Renata Santini. São Paulo: N-1 edições, 2018. 80 p.



Necropolítica: biopoder, soberania, estado de exceção, política da...

João Pessoa, Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas

Necropolítica: biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte

Luzia Bernardes da Silva

Gustavo de Souza Preussler

O ensaio *Necropolítica: biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte*, de Achille Mbembe, apresenta uma reflexão sobre a expressão máxima de soberania, concebida como “o poder e a capacidade de ditar quem pode viver e quem deve morrer” (MBEMBE, 2018, p. 5). É uma obra que dialoga com Frantz Fanon e Michel Foucault. Insere-se no campo de pesquisas da Ciência Política, Filosofia e Antropologia, analisa fatos sociais que envolvam situações de guerra e violências. Esta é uma dentre outras publicações do autor, que é Professor de História e Ciência Política nas Universidades de *Witwatersrand* em Joanesburgo e *Duke University* nos Estados Unidos. Também ocupa o cargo de diretor de Pesquisa Social e Econômica no Instituto *Witwatersrand*, em Joanesburgo.

O ensaio, além de trazer as partes pré-textuais – em que se tem a apresentação assinada pelo próprio autor e a introdução – e pós-textuais, está estruturado em cinco seções principais. Ao longo delas, têm-se reflexões sobre uma nova forma de exercício do poder que o autor denomina de necropolítica, cuja configuração singular estaria imbricada ao processo do ‘devir do sujeito’ nas sociedades atuais marcadas pelo fortalecimento do neoliberalismo.

Necropolítica: biopoder, soberania, estado de exceção, política da...

Na parte introdutória do ensaio, Mbembe expõe os pressupostos teóricos relacionados ao termo biopoder cunhado por Michel Foucault (2005). Em consonância com o pensamento do filósofo, afirma que em certa medida “ser soberano é exercer controle sobre a mortalidade e definir a vida como a implantação e manifestação do poder” (MBEMBE, 2018, p. 5). Constam, também, as hipóteses que irão nortear suas análises no decorrer do texto, destacamos aquela que problematiza a noção de biopoder e indaga se seu conteúdo é suficiente para quantificar as maneiras atuais em que o político, fazendo uso da guerra, da resistência ou do enfrentamento ao terror faz do assassinato do oponente sua principal meta. O cientista político diz que se considerar “a política uma forma de guerra”²⁶ é salutar, então examinar “que lugar é dado a vida, à morte e ao corpo humano (em especial o corpo ferido ou massacrado) e como eles estão inscritos na ordem do poder” (MBEMBE, 2018, p. 7).

Na seção intitulada *Política, o trabalho da morte e o ‘dever do sujeito’*, o historiador responde às questões formuladas por e na seção anterior com amparo nos pressupostos teórico do biopoder e suas relações com a soberania e estado de exceção. O cientista político lembra que o estado de exceção é problematizado, em regra, tendo em vista o nazismo, totalitarismo, os campos de concentração e extermínio. No que se refere aos campos de morte, temos diversas considerações que perpassam pela concepção de uma metáfora fundamental para a violência soberana. Mbembe inicia suas discussões tendo em mente que a modernidade se fez presente em uma pluralidade de conceitos de soberania e biopolítica, que se mostrou alheia à crítica política contemporânea.

O pensamento que norteia a modernidade tem fulcro na aceitação de razão, que é um dos principais elementos do projeto de modernidade e do território da soberania. As expressões máximas de

²⁶ “O poder é a guerra, é a guerra continuada por outros meios” (CLAUSEWITZ, 1955 *apud* FOUCAULT, 2005, p. 22) Foucault irá inverter a proposição mencionada anteriormente e afirmará que “a política é a guerra continuada por outros meios” (2005, p. 22).

Necropolítica: biopoder, soberania, estado de exceção, política da...

soberania advêm da confecção de leis gerais pelo povo, o qual é composto por homens e mulheres livres, iguais e capazes. A política possui uma dúplici definição – um projeto de autonomia e a efetivação de uma convenção em uma coletividade por meio de comunicação e reconhecimento – sendo, portanto, essas características que a distingue da guerra. É com fundamento em uma diferenciação entre razão e desrazão que a crítica contemporânea elabora conceitos sobre política, comunidade e sujeito.

Mbembe volta as atenções para a vertente de soberania que possui como ideia centralizadora a ‘instrumentalização generalizada da existência humana e a destruição material de corpos humanos e populações’. Ao invés de considerar a razão como verdade do sujeito, o autor sugere outras categorias como elemento de análise, tais como a vida e morte. Para tanto, o autor irá colacionar os ensinamentos sobre morte elaborados por G. W.F. Hegel e Georges Betaille. O historiador comenta que a discussão elaborada por Hegel (2002) sobre a relação entre morte e o devir do sujeito se mostra apropriada às análises que irá desenvolver em seu trabalho. Propõe uma definição bipartida de negatividade, sendo que o sujeito irá, em primeiro lugar, negar a natureza e, em segundo, promover uma transformação do elemento negado. Disso resulta a criação de um mundo, entretanto durante esses acontecimentos o sujeito ficará exposto. Entende a morte humana como voluntária por causa dos riscos conscientemente assumidos. Nesse processo ocorre a derrota da natureza animal do sujeito causando assim a sua constituição. Ao enfrentar a morte o sujeito é lançado na história. É nesta acepção que Hegel (2002, *apud* MBEMBE, 2018) irá conceber a vida do espírito como aquela que pressupõe a morte, porém a aceita. Nessa linha de pensamento, entende-se a “política como a morte que vive uma vida humana”. (HEGEL, 2002 *apud* MBEMBE, 2018, p. 12).

Já Betaille compreende “morte e soberania como paroxismo de troca e superabundância” (1998 *apud* MBEMBE, 2018, p. 13), considera a falibilidade da vida decorrência do *status* de refém diante

Necropolítica: biopoder, soberania, estado de exceção, política da...

da morte. Quanto à existência da vida, esta se dá em espasmos e afrontamento da morte. Como limitação da morte, esta não se reduz ao aniquilamento do ser, sendo também uma autoconsciência. Aloca a morte no reino do dispêndio do absoluto, já que “a vida é o domínio da soberania” (1998 *apud* MBEMBE, 2018, p. 14). Institui, ainda, uma correlação entre morte, soberania e sexualidade. Para ele a soberania se apresenta com múltiplas configurações, porém, em estreita concepção, pode-se entendê-la como rejeição dos limites que o receio da morte submete o sujeito. Mbembe menciona que esses conceitos irão problematizar os limites da política como desorientadora da própria concepção de limite.

Na seção que versa sobre *O biopoder e relação de inimizade*, o autor irá traçar uma relação entre o biopoder, sob a ótica foucaultiana, com estado de exceção e estado de sítio. Irá analisar sob o ponto de vista de que o estado de exceção conjuntamente à relação de inimizade se converteram no alicerce normativo do direito de matar. O exercício de poder se dá com amparo a uma compreensão ficcional do inimigo. As noções de biopoder estão conectadas à ideia de que a funcionalidade desse dispositivo só se dá a partir da divisão das pessoas entre aquelas que devem viver e outras que devem morrer.

Para tanto, a espécie humana será disposta em grupos e subgrupos com cesura biológica entre uns e outros. Essa divisão, segundo Mbembe, é o conceito foucaultiano de racismo. As concepções de raça se fez presente no pensamento do ocidente ao longo do processo histórico, principalmente ao construir uma concepção de desumanidade de povos estrangeiros ou justificar a dominação que se exerceu sobre eles. Para se exercer o biopoder faz-se uso da tecnologia de raça. O autor dialogando com Arendt (2012) observa que a política da raça está intimamente relacionada com política de morte. A Alemanha nazista foi a nação que articulou Estado racista, Estado assassino e Estado suicidário. No holocausto houve uma desumanização sem precedente e uma larga industrialização da morte. Esse processo foi possível, em certa medida, por estereótipos racistas

Necropolítica: biopoder, soberania, estado de exceção, política da...

e pela edificação de um racismo de classe. Ao levar em consideração os conflitos sociais surgidos no período industrial acabou por traçar comparações entre classes trabalhadoras e os apátridas do mundo industrial com os denominados “selvagens” do mundo colonial. A conexão existente entre terror e modernidade é proveniente de diversas origens, sendo imprescindível a tensão entre a paixão do público por sangue e as concepções de justiça. Para o autor, na revolução francesa é possível verificar de forma clara a fusão da razão com o terror. Nela o terror é erigido a um elemento quase imprescindível do político.

Para Mbembe, a análise feita por Marx (1984) confunde o trabalho com a obra. O trabalho é compreendido como veículo de autocriação histórica da categoria humana. Essa concepção é uma forma de conflito entre vida e morte. Ao defender que a emancipação humana só seria possível com a eliminação da produção de mercadoria, acaba por suavizar as diferenciações essenciais entre o espaço cultural da liberdade edificado pelo homem. O processo de eliminação de produção de mercadoria e a utopia de acesso direto ao real se daria também de forma violenta por eliminar a pluralidade da condição humana. Desta maneira terror e morte seriam considerados aptos a realizar o “*telos*” da história.

O autor adverte que qualquer análise a ser feita sobre as origens do terror moderno necessariamente precisa passar pela escravidão, que configura uma das primeiras formas de experimento da biopolítica. O sistema de *plantation* tem em si uma das manifestações do estado de exceção. A transformação de seres humanos em escravos pressupõe a retirada do lar, dos direitos sobre o próprio corpo e do estatuto político. Essa tripla interdição equivale a um domínio absoluto do outro, uma alienação de nascença e uma morte social. Nesses locais o cativo é visto como coisa pertencente ao senhor, com natureza jurídica de propriedade e fonte lucrativa. Esses espaços não se constituíram uma comunidade pela ausência do poder de fala e de pensamento. O emprego de violência é algo inerente à escravidão, com

Necropolítica: biopoder, soberania, estado de exceção, política da...

ampla utilização das diversas formas de infringir castigo ao corpo. Os institutos jurídicos liberdade da pessoa e o direito de propriedade entram em contradição. O terror empregado na escravidão está enredado com biopoder, estado de exceção e estado de sítio, sendo o dispositivo racial o elemento essencial para essa conexão. Para os conquistadores, a “vida selvagem” configura apenas outra espécie de vida animal, logo o direito de matar pode ser exercido ilimitadamente.

Na seção intitulada *Necropolítica e ocupação colonial na modernidade tardia*, o autor assevera que as violências vivenciadas pelos povos colonizados não são fatos pretéritos. Embora a ocupação colonial fosse questões de apreensão, demarcação e afirmação do controle físico e geográfico intencionava, também, inscrever sobre aquelas localidades um novo arcabouço de relações sociais e espaciais. O que resultou na implementação de fronteiras e hierarquias. Novos regramentos sobre propriedade, classificação de pessoas, extração dos recursos naturais, juntamente com a construção de um novo imaginário cultural.

Tendo em mente o conteúdo da soberania, tem-se que ela significava ocupação e, por conseguinte, considera o povo colonizado entre o estatuto de sujeito e objeto. Dessa maneira se estabeleceu o *apartheid* na África do Sul. Sob esse ângulo, a soberania é a capacidade de dizer quem importa ou não. A ocupação moderna tardia, por outro lado, resulta da intersecção entre o disciplinar, a biopolítica e a necropolítica. Como exemplo de sucesso de emprego da necropolítica, o autor apresenta a ocupação da Palestina. Violência e soberania serão fundamentadas a partir de uma divindade, o imaginário é edificado sob o ponto de vista de uma identidade contra o Outro, em detrimento de outras divindades. Alicerçam-se no terror sagrado da verdade e da exclusividade. Mbembe denomina de necropolítica uma maneira específica de terror, qual seja: fragmentação territorial, certas zonas tem o acesso proibido e expansão dos assentamentos. Possui o intuito de proibir o movimento e implementar a segregação ao estilo *apartheid*. Tomando os ensinamentos de Weizman (2005) como

Necropolítica: biopoder, soberania, estado de exceção, política da...

aporte, Mbembe diz existir nesses espaços a ‘política de verticalidade’. Nesse regime os assentamentos urbanos podem ser considerados dispositivos ópticos para se vigiar e exercer o poder. Nesse arranjo as técnicas de promoção de morte são de alta precisão associadas a uma ‘guerra estrutural’.

Na seção denominada de *Máquina de guerra e heteronomia*, o autor dedica-se a analisar o contexto das guerras contemporâneas. Dialogando com Bauman [20--], o cientista político aponta que as guerras, na era da globalização, não possuem a intenção de conquistar, de aquisição ou ainda de gerenciar um território. Estes novos arranjos utilizam estratégias militar com empregos de armas de alta tecnologias associadas a uma ‘guerra estrutural’ para se aniquilar o inimigo e promover uma falência nos meios que possibilitem a sobrevivência dele. Desta forma força-se uma submissão desconsiderando as consequências imediatas, efeitos secundários ou danos colaterais das técnicas militares empregadas.

Um novo aspecto surge, trata-se do direito de matar não mais exercido como monopólio por parte do Estado. Na África do Sul é possível adquirir por meio da venda e compra a mão-de-obra militar, em outras palavras, a coerção passa a ser mercantilizada. Mbembe, tomando os ensinamentos de Deleuze e Guattari (1977), observa que paralelo aos exércitos tem surgido uma ‘máquina de guerra’, está nova maneira de organização se dá a partir de uma junção das características de um aparelho político com os elementos de uma empresa comercial. Operando com emprego de capturas e depredações, quanto as formas de promoção de morte, estas não variam muito. O colapso das instituições políticas formais sob coação da violência tem o condão de direcionar a formação da economia de milícias. O autor adverte que o Estado pode se converter em uma máquina de guerra.

Na seção *De gesto e do metal*, Mbembe retoma as discussões acerca da Palestina. Para ele duas características são essenciais nos conflitos vivenciados nesse espaço: ‘lógica do martírio’ e ‘lógica da

Necropolítica: biopoder, soberania, estado de exceção, política da...

sobrevivência’. Para realizar uma análise dessas lógicas, o autor volta seu olhar para as questões da morte e terror em um polo e terror e liberdade por outro. Martírio e sobrevivência possuem dentro de si terror e morte. Tomando o pensamento de Canetti (1995), o historiador comenta que na lógica da sobrevivência o indivíduo que permanece vivo visualiza na morte do outro um triunfo por conseguir manter-se respirando e eliminar o inimigo. O horror na promoção de morte configura uma satisfação e aumento da sensação de segurança por parte de quem se mantém vivo.

Quanto a lógica do mártir esta se configura de maneira diversa, o ‘homem bomba’ a define. O ser humano se transforma em veículo de promoção de morte, carrega junto ao corpo artefatos explosivos. Esses homens não estão utilizando roupas militares ao contrário eles se misturam com o público alvo. A ação é dúplice porque, ao mesmo tempo em que configura um ato suicida, é também um ato homicida. Os restos mortais do agressor se misturam com de suas vítimas. Nessa lógica o que se sobressai é o desejo de eternidade. O corpo sitiado se transforma em metal como meio de alcance da vida eterna pelo sacrifício.

Em conclusão, o autor traça uma relação entre terror, liberdade e sacrifício. Para tanto, dialoga com Heidegger (1996) e Betaille (1988). Em relação à compreensão do “ser para morte”, em consonância ao proposto por Heidegger (1996), o cientista político diz que o sujeito somente é livre para viver quando se é livre para morrer. Com aporte em Betaille (1988), o historiador lembra que a morte traz a luz o “ser natural” do sujeito. O ato de suicídio e homicídio são proibitivos, logo a conduta do mártir possui uma violação dupla e a morte como transgressão. Ao voltar o olhar para escravidão ou da ocupação colonial, verifica o entrelaçamento da morte e vida. Estar vivo na ocupação contemporânea é “viver na dor” por estar em estruturas fortificadas, postos militares, bloqueios de estradas e construções que mantem na memória as humilhações, interrogatórios e espancamentos. O que vincula terror, morte e liberdade “é uma

Necropolítica: biopoder, soberania, estado de exceção, política da...

noção extática da temporalidade e da política” (MBEMBE, 2018, p. 69). O momento presente configura uma visão momentânea da liberdade que se mantém ausente. Enquanto a morte significa se libertar do terror e da servidão. O historiador indica como conteúdo do necropoder o resultado do embaralhamento das fronteiras entre resistência e suicídio, sacrifício e redenção, mártir e liberdade.

Necropolítica: Biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte é um livro especialmente recomentando não só para graduados e graduandos da área da Ciência Política e História – uma vez que pode contribuir com as reflexões sobre os fenômenos sociais da contemporaneidade, mas também para todos aqueles interessados pelos estudos sociais. Com uma linguagem clara, contribui também para com os trabalhos científicos desenvolvidos no campo da ciência política, história e do direito concernentes à temática abordado pelo autor. Em especial aquelas pesquisas que objetivam refletir sobre guerras, soberanias, estado de exceção e de sítio e suas configurações na modernidade tardia.

Data de Submissão: 02/09/2018

Data de Aprovação: 17/02/2019

Processo de Avaliação: *double blind peer review*

Editor Geral: Jailton Macena de Araújo

Editor de Área: Jailton Macena de Araújo

REFERÊNCIAS

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**. Curso no Collège de France (1975-101976). Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2010. 269 pp. Tradução de IL Fault Défense La Société.