

conceito jurídico

ano III | junho de 2019 | nº 30



José Maria Alves da Silva

A continuidade da crise **Pág. 7**



 zakarewicz
editora

EDUCAÇÃO DIREITO FUNDAMENTAL



TENDÊNCIAS

Jorge Cesar de Assis

Os novos desembargadores da Justiça Militar

PORTAL JURÍDICO

Ives Gandra da Silva Martins

Indicação do Procurador Geral da República pelo Presidente da República

CIÊNCIA JURÍDICA EM FOCO

Inocêncio Mártires Coelho

A hermenêutica constitucional como teoria do conhecimento do direito nas democracias contemporâneas

ASSINE

conceito jurídico

À frente dos grandes
temas jurídicos



conceito
jurídico

EDITORA E DIRETORA RESPONSÁVEL: Adriana Zakarewicz

Conselho Editorial: Almir Pazzianotto Pinto, Antônio Souza Prudente, Esdras Dantas de Souza, Habib Tamer Badião, José Augusto Delgado, José Janguê Bezerra Diniz, Kiyoshi Harada, Luiz Flávio Borges D'Urso, Luiz Otavio de O. Amaral, Otavio Brito Lopes, Palhares Moreira Reis, Sérgio Habib, Wálteno Marques da Silva

Diretores para Assuntos Internacionais: Edmundo Oliveira e Johannes Gerrit Cornelis van Aggelen

Colaboradores: Alexandre de Moraes, Álvaro Lazzarini, Antônio Carlos de Oliveira, Antônio José de Barros Levenhagen, Aramis Nassif, Arion Sayão Romita, Armand F. Pereira, Arnaldo Wald, Benedito Calheiros Bonfim, Benjamim Zymler, Cândido Furtado Maia Neto, Carlos Alberto Silveira Lenzi, Carlos Fernando Mathias de Souza, Carlos Pinto C. Motta, Décio de Oliveira Santos Júnior, Eliana Calmon, Fátima Nancy Andrighi, Fernando Tourinho Filho, Fernando da Costa Tourinho Neto, Georgenor de Souza Franco Filho, Geraldo Guedes, Gilmar Ferreira Mendes, Gina Copola, Gustavo Filipe B. Garcia, Humberto Theodoro Jr., Inocêncio Mártires Coelho, Ivan Barbosa Rigolin, Ives Gandra da Silva Martins, Ivo Dantas, Jessé Torres Pereira Junior, J. E. Carreira Alvim, João Batista Brito Pereira, João Oreste Dalazen, Joaquim de Campos Martins, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, José Alberto Couto Maciel, José Carlos Arouca, José Carlos Barbosa Moreira, José Luciano de Castilho Pereira, José Manuel de Arruda Alvim Neto, Lincoln Magalhães da Rocha, Luiz Flávio Gomes, Marco Aurélio Mello, Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Mário Antonio Lobato de Paiva, Marli Aparecida da Silva Siqueira, Néelson Nery Jr., Reis Friede, René Ariel Dotti, Ricardo Luiz Alves, Roberto Davis, Tereza Alvim, Tereza Rodrigues Vieira, Toshio Mukai, Vantuil Abdala, Vicente de Paulo Saraiva, William Douglas, Youssef S. Cahali.

Diretor Geral: André Luis Marques Viana

Revisão: ZK Editora

Arte e Diagramação: Charles Design

Marketing: Diego Zakarewicz

CENTRAL DE ATENDIMENTO AO CLIENTE

Tel. (61) 3263-1362

Redação e Correspondência

artigos@zkeeditora.com.br

Revista Conceito Jurídico é uma publicação da Zakarewicz Editora. As opiniões emitidas em artigos assinados são de inteira responsabilidade dos seus autores e não refletem, necessariamente, a posição desta Revista.

ANÚNCIOS

comercial@zkeeditora.com.br

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS

Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo.


zakarewicz
editora

APROVEITE NOSSAS PROMOÇÕES

LEITURA INDISPENSÁVEL
PARA QUEM QUER ESTAR
EM SINTONIA COM AS
TENDÊNCIAS DO
MUNDO JURÍDICO



Fernando Santiago

A primeira tarefa da ANPD é ensinar o mercado

A MP 869/2018 modificou a Lei nº 13.709/18 – Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, criando a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD). Diferentemente da maior parte das agências reguladoras brasileiras, não se trata de uma autarquia. Optou-se, ao contrário, por integrá-la à pessoa jurídica da União, precisamente à Presidência da República.

Contudo, não é a qualificação jurídica dessa nova Autoridade que chama, por ora, a nossa atenção – mas sim a sua função. O que deve fazer a ANPD em seus primeiros anos? Em nosso modesto entendimento, principalmente uma coisa: ensinar. E ensinar muito, a partir do zero. As empresas e o setor público sempre trataram os dados pessoais com extrema negligência, e subitamente devem seguir regras extremamente estritas sobre os mesmos, que passaram a ser tutelados pelo Direito.

Em algumas organizações os dados pessoais são utilizados sobretudo pelos setores de *marketing* e comercial (*mailing list*, *telemarketing* e ações publicitárias diversas). Contudo, as informações sobre os clientes e prospectos são uma amostra – às vezes ínfima – da quantidade de dados pessoais tratados pelas mesmas. As informações sobre os empregados (nome, endereço, férias, salário, licenças médicas e assim por diante) são frequentemente geridas de forma quase artesanal pelo RH. Empresas terceirizadas (de TI, contabilidade, cobrança e *marketing*, por exemplo) têm acesso livre aos dados pessoais armazenados sem quaisquer cuidados ou medidas físicas ou contratuais que assegurem a sua integridade.

No setor público, a situação é ainda mais complexa. Infelizmente a maior parte dos entes públicos brasileiros caracteriza-se pela penúria e despreparo do pessoal responsável pelos dados pessoais que tratam.

Em meio a esse deserto, o desafio inicial da ANPD consiste em criar uma doutrina para conscientizar as pessoas sobre o correto tratamento dos dados pessoais, traçando claramente a linha de conduta que espera dos controladores e operadores. Os encarregados pelo tratamento dos dados devem saber claramente o que pensa e espera a Autoridade de Regulação.

A Autoridade brasileira deve tirar lições do que ocorre na Europa. Naquele continente, as primeiras leis sobre o tema datam dos anos 1970. A primeira Diretiva Europeia sobre proteção dos dados pessoais data de 1995, substituída em 2016 pelo Regulamento Geral de Proteção de Dados Pessoais (GDPR) – que teve 2 anos de *vacatio legis* antes da sua entrada em vigor em maio de 2018.

Em 23 de novembro de 2018, a Autoridade Francesa de Proteção de Dados Pessoais (CNIL) publicou um relatório no qual constata que, 6 meses após a entrada em vigor do GDPR, as empresas ainda não conseguiram se apropriar totalmente do citado dispositivo legal (www.cnil.fr/fr/rgpd-quel-bilan-6-mois-apres-son-entree-en-application). Segundo publicação recente da Comissão Europeia, as maiores causas de reclamação registradas desde a entrada em vigor do GDPR são *telemarketing*, *emails* e vigilância por vídeo - CCTV (https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/190125_gdpr_infographics_v4.pdf).

O paralelo com a realidade brasileira é inevitável. Se naquele continente, que dispõe de uma cultura de proteção de dados pessoais e de leis específicas sobre o tema há mais de 20 anos, a aplicação do GDPR está ainda em plena evolução, o que devemos esperar no Brasil, cuja primeira lei sobre a proteção dos dados pessoais sequer está em vigor?

Os desafios da ANPD são enormes! Ela deve ser o principal motor da conscientização em matéria de proteção de dados pessoais do país. Inicialmente, ela deve publicar um programa que mostre claramente os seus eixos de ação, seguido de relatórios anuais sobre os progressos e dificuldades encontradas.

A Autoridade deve publicar muito! São inúmeros os temas que necessitam de regulamentação – propaganda por *email*, definições de perfis, uso de *cookies*, vigilância por vídeo, biometria nas empresas, estocagem na nuvem, regras para subcontratação, uso de dados sensíveis etc. Enfim, uma infinidade de temas que necessitam de parâmetros claros no que diz respeito à proteção de dados pessoais.

O regulador deve também envolver-se com a maior frequência possível com as empresas e o setor público, de forma a mitigar a imensa assimetria de informações inicial. Ele deve descobrir e ouvir as questões, dúvidas e necessidades iniciais dos atores locais, conhecer de perto as suas dificuldades.

Embora a ANPD disponha de poder sancionador, este não pode ser, de forma alguma, a razão pela qual ela é lembrada – pelo menos inicialmente. A Autoridade deve utilizá-lo com extrema parcimônia, aumentando gradualmente os valores das penalidades aplicadas segundo o grau de maturação do tema no país. Maturação essa que a própria ANPD será um dos principais atores do seu atingimento.

É pela difusão do conhecimento que a Autoridade Nacional de Proteção de Dados Pessoais brasileira pode atingir os seus objetivos e garantir o seu sucesso. 

FERNANDO SANTIAGO é sócio co-fundador do Chenut Oliveira Santiago Advogados, exerce suas atividades no Brasil e na Europa representando empresas brasileiras em assuntos relacionados à proteção de dados pessoais junto a diversas autoridades de regulação europeias.

3

COM A
PALAVRA

A primeira tarefa da ANPD é ensinar o mercado

Fernando Santiago

9

PAINEL
ECONÔMICO

A guerra comercial e o socorro do Fed

Armando Castelar Pinheiro

14

COMO DECIDEM
OS TRIBUNAIS

Quando a embriaguez do segurado é causa excludente de indenização securitária

Voltaire Marensi

18

DIREITO E
BIOÉTICA

Cultivo e uso medicinal da maconha

Eudes Quintino de Oliveira Júnior

22

CAPA

Sobre problemas crônicos de nossa educação

Maria Teresa Eglér Mantoan

29

CAPA

Financiamento da educação

Naercio Menezes Filho

7

ENTREVISTA

A continuidade da crise

José Maria Alves da Silva

11

PROPOSTAS E
PROJETOS

A imunidade das exportações no âmbito da Reforma da Previdência

Cristiane I. Matsumoto, Mariana Monte Alegre de Paiva e Eduardo Kauffman Milano Benclowicz

16

PAINEL DO
LEITOR

Quanto vale uma delação?

Flávio Filizzola D'Urso

20

DESTAQUE

Pela simplificação legislativa

Mário Saadi

26

CAPA

Ética digital e compliance escolar

Ana Paula Siqueira Lazzareschi de Mesquita

32

CAPA

O país que queremos

Oded Grajew

34

O que é um estupro?

ENFOQUE

Luiza Nagib Eluf

36

Fake news: quais os impactos das notícias falsas no seu negócio?

GESTÃO EMPRESARIAL

Gisele Truzzi

41

Indicação do Procurador Geral da República pelo Presidente da República

PORTAL JURÍDICO

Ives Gandra da Silva Martins

44

O inconstitucional pacote anticrime

CONTEXTO

Eduardo Reale

46

A internação compulsória de dependentes químicos: radical, mas necessária

IN VOGA

Sandra Franco

49

Demografia rima com conhecimento?

CONJUNTURA

Jorge Arbache

52

Homofobia – racismo: Tentando uma definição típica e uma projeção da amplitude consequencial da decisão do STF

OBSERVATÓRIO JURÍDICO

Eduardo Luiz Santos Cabette

68

Os novos Desembargadores da Justiça Militar

TENDÊNCIAS

Jorge Cesar de Assis

71

A hermenêutica constitucional como teoria do conhecimento do direito nas democracias contemporâneas

CIÊNCIA JURÍDICA EM FOCO

Inocência Mártires Coelho

122

O financiamento das campanhas eleitorais

PONTO DE VISTA

Matheus Teixeira da Silva



ARQUIVO PESSOAL

José Maria Alves da Silva

A continuidade da crise

Já se passou um semestre desde a posse do Presidente da República Jair Messias Bolsonaro e, contrariamente ao que muitos esperavam, a crise econômica continua firme e forte. Na visão e avaliação do mestre em Economia Aplicada pela Universidade Federal de Viçosa, Doutor em Economia pela Universidade de São Paulo e Professor Associado da Universidade Federal de Viçosa, José Maria Alves da Silva é preciso um plano articulado para o desenvolvimento econômico. “Foi isso que faltou nos governos anteriores e, ao que parece, continuará em falta no atual governo”. Confira!

“O Brasil é feito por nós, está na hora de desatá-los.”
Barão de Itararé

CONCEITO JURÍDICO – Qual a opinião do Sr. com relação a escolha de Paulo Guedes para o Ministério da Economia?

JOSÉ MARIA ALVES DA SILVA – Com a escolha de Paulo Guedes para o comando da economia, Bolsonaro simplesmente adotou o “bode expiatório” criado por Henrique Meirelles, apostando que a aprovação de uma adequada reforma previdenciária traria de volta o crescimento econômico, por simples reversão de expectativas.

CONCEITO JURÍDICO – *Se o projeto de Paulo Guedes passar, será que no dia seguinte os investidores voltarão a acreditar no Brasil?*

JOSÉ MARIA ALVES DA SILVA – Ah, que bom seria se o Brasil tivesse apenas um nó a ser desatado! Desde 1936, quando Keynes publicou a maior obra científica em economia do século XX, qualquer bom estudioso da ciência econômica sabe que déficits públicos geralmente não surgem como causas de crises econômicas, mas sim como consequências, e até benignas, posto que se não surgissem as crises seriam piores.

CONCEITO JURÍDICO – *O que o Sr. pode nos falar sobre as medidas de restrição fiscal?*

JOSÉ MARIA ALVES DA SILVA – Como a experiência brasileira tem mostrado em conjunturas recessivas, medidas de restrição fiscal em vez de solução são fatores agravantes do problema. Quando Henrique Meirelles propôs e logrou a aprovação de um plano de redução do gasto público, estabelecido como a Emenda Constitucional 45, o argumento também apelava para as expectativas.

CONCEITO JURÍDICO – *E qual foi o resultado?*

JOSÉ MARIA ALVES DA SILVA – Desde a instituição do sistema de metas de inflação, no governo FHC, a política de estabilização macroeconômica tem se caracterizado pela contenção do gasto fiscal primário combinada com a manutenção de juros extremamente elevados. Para a vigência do contingente atual de treze milhões de desempregados, essa política deu uma contribuição importante. Mas, apesar disso, a inflação brasileira permaneceu acima da média mundial, em todo o período.

CONCEITO JURÍDICO – *Será que sem o propalado déficit da Previdência os resultados seriam melhores?*

JOSÉ MARIA ALVES DA SILVA – O que está na origem dos percalços da economia brasileira não é o volume do gasto estatal nem o tamanho do déficit público, mas sim uma estrutura fiscal ineficiente e inadequada para o desenvolvimento do País, agravada por uma política monetária que só é benigna para o capital financeiro. Nesse cenário, “reformas” isoladas como a da previdência só servem para impressionar o público leigo e desviar a atenção dos problemas cruciais. Não é desatando apenas um nó que se vai tirar o Brasil das amarras que impedem o seu desenvolvimento.

CONCEITO JURÍDICO – *E o que é preciso para tirar o Brasil dessas amarras?*

JOSÉ MARIA ALVES DA SILVA – É preciso trabalhar numa frente ampla de questões, começando por uma reorientação das finanças públicas e da política monetária. É preciso estabelecer grandes prioridades e dirigir a política econômica para o alcance de poucos e bem definidos objetivos nas áreas de educação, saúde, segurança e infraestrutura, eliminando-se o fatiamento orçamentário em uma multiplicidade de programas governamentais oportunistas, autointeressados e eleitoreiros, que privilegiam grupos específicos em detrimento do todo. Enfim, é preciso um plano articulado para o desenvolvimento econômico. Foi isso que faltou nos governos anteriores e, ao que parece, continuará em falta no atual governo. 

A guerra comercial e o socorro do Fed

■ POR ARMANDO CASTELAR PINHEIRO

“O cenário hoje mais provável é que essa escalada protecionista prossiga nos próximos anos. Isso terá repercussões profundas na forma como a produção mundial é organizada, não apenas em termos de reduzir muito o papel das cadeias globais de valor, mas também de isolar mercados regionais uns dos outros, inclusive em termos das tecnologias utilizadas em cada um.”

Este é o terceiro ano consecutivo em que o otimismo do início do ano dá lugar a projeções cadentes de crescimento econômico. Acontecimentos domésticos são em geral apontados como responsáveis por essas viradas: a gravação que gorou as chances da reforma da previdência, em maio de 2017; a greve dos caminhoneiros, um ano depois; e, este ano, a constatação de que Executivo e Legislativo terão uma relação conturbada, dificultando a aprovação de reformas.

Nos três anos, porém, fatores externos também tiveram um papel importante, em particular o crescente risco geopolítico que passou a caracterizar os EUA e a Europa, com o avanço do populismo. Pesaram, em especial, o receio de que, na esteira do Brexit, outros países deixassem a União Europeia, inviabilizando o euro como moeda comum, e o crescente protecionismo comercial americano, enfraquecendo as instituições multilaterais que ajudara a criar no pós-Segunda Grande Guerra.

Este ano, até aqui, o grande choque é a escalada da guerra comercial. O conflito com a China, que também envolve restrições ao acesso de empresas chinesas às tecnologias desenvolvidas nos EUA, é o destaque, mas não sua única manifestação: há uma decisão pendente sobre tarifar as importações de carros europeus pelos EUA; há a ameaça de elevar as tarifas sobre as importações americanas da Índia, retirando o país do Sistema Geral de Preferências; e há o risco de uma escalada nas tarifas sobre as exportações mexicanas para os EUA. Este último caso gerou especial inquietação, por estar associado a exigências do governo americano sobre questões que em nada se relacionam a acesso

a mercado ou outras disputas de comércio exterior, mas sim à migração ilegal de centro americanos para os EUA.

Essa escalada protecionista vai prejudicar o desempenho da economia mundial nos próximos anos. Em documento divulgado no mês de junho, o FMI estima que “apenas” as tarifas às importações impostas ano passado e em 2019 pelos EUA e a China vão reduzir em 0,5 ponto percentual o crescimento mundial em 2020. A concretização da ameaça de tributar as exportações mexicanas para os EUA pode afetar profundamente a confiança empresarial. A eventual imposição de barreiras às importações de carros fabricados na Europa – e a retaliação que essa ensejará – podem ter impactos igualmente significativos.

O crescimento vai desacelerar na China e nos EUA, ainda que os dois tenham graus de liberdade para amortecer o impacto direto da perda de exportações e da confiança empresarial. A China já vem relaxando as políticas monetária, fiscal e de crédito bancário e também desvalorizou o câmbio. Nos EUA a principal resposta virá do relaxamento da política monetária: o mercado financeiro já precifica uma alta probabilidade de o Fed reduzir os juros básicos em 0,75 ponto percentual ainda este ano.

Países com economias mais ancoradas às cadeias globais de valor e pouco espaço para estimular a demanda doméstica vão ser especialmente afetados por essa escalada protecionista, que já se refletiu em significativa desaceleração do crescimento do comércio internacional. A Europa e alguns países asiáticos com economias muito integradas à China podem ser especialmente afetados.

O cenário hoje mais provável é que essa escalada protecionista prossiga nos próximos anos. Isso terá repercussões profundas na forma como a produção mundial é organizada, não apenas em termos de reduzir muito o papel das cadeias globais de valor, mas também de isolar mercados regionais uns dos outros, inclusive em termos das tecnologias utilizadas em cada um.

A prazo mais longo, isso também deve envolver uma mudança no papel do dólar como principal moeda de reserva e para a realização de operações financeiras e com commodities. A bolsa de petróleo de Xangai é um exemplo do que pode estar a caminho. Nesse caso, o *renminbi* e, possivelmente, também o euro, devem ganhar importância. Uma consequência negativa será a maior fragmentação também desses mercados.

A longo prazo, o Brasil, como o resto do mundo, deve perder com o aumento do protecionismo e a maior fragmentação dos mercados de bens, tecnologia e capitais. A curto prazo, porém, o impacto é ambíguo. Por um lado, o menor dinamismo da economia mundial vai reduzir o espaço para o país voltar a crescer via expansão das exportações. Além disso, a pressão competitiva das importações vai aumentar. Por outro lado, a tendência é que, com o corte de juros pelo Fed, o dólar se desvalorize. Combinado com um preço do petróleo mais baixo, por conta da desaceleração do PIB mundial, isso vai reduzir a inflação e abrir espaço para uma queda dos juros também no Brasil. Evolução que, aparentemente, já está em curso.

Isso facilitará a vida do Banco Central, mas não significa que o desempenho da economia brasileira, em especial em relação ao nível de atividade, vá melhorar. Pelo contrário, esse quadro tornará a economia ainda mais dependente da expansão da demanda privada doméstica, para o que é essencial avançar com as reformas, começando pela da Previdência. 



A imunidade das exportações no âmbito da Reforma da Previdência

■ POR CRISTIANE I. MATSUMOTO, MARIANA MONTE ALEGRE DE PAIVA E EDUARDO KAUFFMAN MILANO BENCLOWICZ

“O objetivo da PEC nº 6/2019, ao introduzir o § 5º ao art. 149 da CF/1988, foi justamente restringir o escopo da imunidade conferida às exportações, retirando o regime da desoneração da folha ou qualquer outro que o faça as vezes do seu alcance.”



A Reforma da Previdência, introduzida pela PEC nº 6/2019, é uma realidade que não apenas tem pautado a agenda política, como angariado anseios da população e do mercado como um todo. Mas, além da Reforma da Previdência, a referida PEC também trouxe relevantes propostas para alterar a tributação sobre a folha que merecem destaque.

Especialmente no que interessa ao presente artigo, convém mencionar que o texto original da PEC nº 6/2019 propôs a introdução do § 5º ao art. 149 da Constituição Federal (“CF/1988”), com a seguinte redação: “O disposto no inciso I do § 2º não se aplica às contribuições que substituam a contribuição prevista na alínea ‘a’ do inciso I do *caput* do art. 195”.

Ao se referir “às contribuições que substituam a contribuição prevista na alínea ‘a’ do inciso I do *caput* do art. 195”, o § 5º se refere à chamada Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta (“CPRB”), introduzida pela Lei nº 12.546/2011, como alternativa para o recolhimento de contribuição previdenciária por alguns setores da economia.

Trata-se da famosa “desoneração da folha”. Ao invés de recolher a contribuição previdenciária de 20% incidente sobre a remuneração paga aos segurados empregados, avulsos e contribuintes individuais, o regime autoriza certos contribuintes a recolherem a contribuição sobre a receita bruta auferida, com alíquota de até 4,5%.

Referido regime, inicialmente de adoção facultativa, logo tornou-se mandatório para alguns setores. Não obstante, com o advento da Lei nº 13.670/2018, promoveu-se a chamada reoneração da folha, de modo que a maioria dos contribuintes foi obrigada a voltar a recolher as contribuições previdenciárias sob o regime regular, autorizando-se a manutenção do regime anterior até o final de 2020 para alguns poucos setores.

Embora a desoneração da folha esteja próxima do seu fim, fato é que essa foi instituída com um propósito específico, qual seja, a redução da carga tributária, consequentemente fomentando o crescimento da economia nacional.

Em um cenário de crise econômica, em que as perspectivas de crescimento não se mostram nem um pouco animadoras, nada impediria que o Governo Federal reavaliasse a reinstituição desse regime ou de outro que lhe fizesse as vezes.

Note-se que o § 2º, inciso I do art. 149 da CF/1988 instituiu verdadeira imunidade tributária, prevendo que as contribuições sociais – incluídas a CPRB – e de intervenção no domínio econômico não incidirão sobre as receitas decorrentes de exportação.

Embora não tenha sido feita qualquer distinção entre as chamadas exportações diretas e aquelas feitas por intermédio de *trading companies* (i.e. exportações indiretas), o que tem gerado significativos embates entre as autoridades fiscais e os contribuintes – na medida em que as primeiras pretendem limitar o escopo da imunidade tributária e os últimos analisá-la de forma literal – fato é que esse dispositivo promoveu a diminuição da carga tributária incidente nas exportações.

Com a diminuição da carga tributária nas exportações, invariavelmente, o preço dos bens e serviços brasileiros são reduzidos e como consequência as empresas se tornam mais competitivas no mercado internacional.

Diante disso, nos parece que o objetivo da PEC nº 6/2019, ao introduzir o § 5º ao art. 149 da CF/1988, foi justamente restringir o escopo da imunidade conferida

às exportações, retirando o regime da desoneração da folha ou qualquer outro que o faça as vezes do seu alcance.

Vale ainda adicionar que a agroindústria também estava sujeita, até 2018, à tributação previdenciária alternativa, com base na receita bruta decorrente da comercialização da produção rural (FUNRURAL), nos termos do art. 22-A da Lei nº 8.212/1991. Com a edição da Lei nº 13.606/2018, os produtores rurais passaram a poder optar pela tributação alternativa sobre a receita ou pela tributação tradicional sobre a folha de salários.

Assim, nos parece que a alteração proposta pela PEC nº 6/2019 também poderia vir a impactar negativamente o setor da agroindústria que, aliás, tende a exportar *commodities* agrícolas em volumes consideráveis, de modo que a oneração da receita de suas exportações poderia tornar a opção pela tributação alternativa desinteressante, esvaziando-a por completo, em prejuízo à finalidade para a qual foi instituída, qual seja, estimular o setor da agroindústria.

É possível que o racional por trás dessa alteração seria baseado no entendimento de que regimes de recolhimento alternativo das contribuições previdenciárias seriam efetivos benefícios fiscais às empresas, de modo que não haveria propósito para também abranger as receitas de exportação, estendendo assim os benefícios fiscais.

No entanto, devem ser ponderados os prós e contras envolvidos na oneração dessas receitas. A cobrança de contribuições previdenciárias alternativas sobre as receitas de exportação poderia até ensejar um aumento da arrecadação, mas poderia sabotar o próprio propósito de criação de um regime alternativo de recolhimento de contribuições previdenciárias, qual seja, o fomento ao crescimento econômico.

Ademais, nada impediria que o Governo Federal, ao instituir novo regime de recolhimento de contribuições previdenciárias, restringisse, via lei ordinária, os termos e escopo desse regime, não havendo necessidade de se engessar a sua possibilidade de atuação futura e, no limite, a possibilidade de promover políticas públicas efetivas para o desenvolvimento econômico.

Cumpra mencionar que, quando da avaliação pela Comissão Especial da Câmara dos Deputados e emissão de projeto substitutivo, a alteração analisada foi substituída pelo parágrafo único do art. 31, no mesmo sentido¹, cabendo agora ao Plenário da Câmara decidir pela sua pertinência no âmbito da Reforma da Previdência.

Esperamos que essa mudança seja devidamente discutida pelo Congresso Nacional, sopesando-se os seus possíveis impactos negativos.

NOTA

1 “Art. 31. O disposto no § 9º do art. 195 da Constituição Federal não se aplica à diferenciação ou à substituição de base de cálculo da contribuição de que trata o inciso I, “a”, do *caput* do art. 195 da Constituição Federal prevista na legislação vigente à data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional. 



CRISTIANE I. MATSUMOTO é Sócia da área previdenciária de Pinheiro Neto Advogados.



MARIANA MONTE ALEGRE DE PAIVA é associado da área previdenciária de Pinheiro Neto Advogados.



EDUARDO KAUFFMAN MILANO BENCLOWICZ é associado da área previdenciária de Pinheiro Neto Advogados.

Quando a embriaguez do segurado é causa excludente de indenização securitária

■ POR VOLTAIRE MARENSI



“O relator do caso, Ricardo Villas Bôas Cueva proferiu entendimento com base nos arts. 3º, § 2º, e 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor. O eminente ministro entendeu que a obrigação da seguradora em pagar o capital segurado ao beneficiário não poderia ser afastada “apesar da segurada ter falecido em razão do grave acidente de trânsito, decorrente de seu estado de embriaguez”. ”

A discussão sobre a aplicação das regras de indenização securitária pode causar dúvidas, especialmente entre os segurados. Uma das questões emblemáticas se dá quando o consumidor eventualmente está sob o efeito de álcool e, logo, como o estado de embriaguez pode ser causa ou não excludente de indenização securitária. No final de 2018, a 2ª

Seção do Superior Tribunal de Justiça aprovou, por unanimidade, duas importantes súmulas sobre o tema. A mais importante, de número 620, afirma que “a embriaguez do segurado não exime a seguradora da indenização prevista em contrato de seguro de vida”.

O recurso que deu azo a edição deste novo enunciado foi oriundo do Recurso Especial 1.665.701-RS. Ressalta-se que nos embargos de declaração deste processo, consta que, no contrato de seguro de automóvel, o estabelecimento de cláusula que exclua a cobertura securitária para a cidade de trânsito, o chamado sinistro, é lícita se a causa é advinda da embriaguez do segurado. Portanto, considera-se que o segurado, uma vez alcoolizado, assumiu um risco ao tomar a direção do veículo, o que configura agravamento essencial do risco contratado que afasta a indenização securitária.

No objetivo de afastar a causa daquele precedente, o relator do caso, Ricardo Villas Bôas Cueva proferiu entendimento com base nos arts. 3º, § 2º, e 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor. O eminente ministro entendeu que a obrigação da seguradora em pagar o capital segurado ao beneficiário não poderia ser afastada “apesar da seguradora ter falecido em razão do grave acidente de trânsito, decorrente de seu estado de embriaguez”.

Sobre a decisão, cabe o registro de que o código de seguros da França, por exemplo, não faz qualquer distinção quanto à modalidade de seguro, quer de automóvel, quer de seguro de vida para reputar não válida a cláusula que exclui a garantia do segurado na hipótese de condenação por conduzir em estado de embriaguez, sob estado alcoólico ou de substância entorpecente. Em ligeira síntese, o simples diagnóstico do álcool no organismo do segurado não pode continuar sendo justificativa para a negativa de pagamento da indenização.

Se não existe prática intencional do ato e nexos de causalidade entre a ingestão da substância torpe e o evento que ocasionou o sinistro, não se faz presente a negativa da indenização securitária. Na União Europeia, por exemplo, existem seguradoras que estipulam cláusulas específicas de exclusão por embriaguez, desde que sejam encontrados índices de graduação alcoólica de 0,5 a 0,8 decigramas por litro de sangue da pessoa do condutor. Qualquer modalidade de contravenção ou, talvez, ato culposo contra a legalidade, mas, sim, levantar situações ou casuísticas que possam ser melhor refletidas e cuidadas. Notadamente quando estamos à frente no Senado da República de uma eventual possibilidade de ser aprovado o PLC 29/17, que cuida de disciplinar uma nova roupagem ao nosso contrato de seguro.

O tema, sem dúvida, envolve o viés agravamento, ou exclusão de risco e quer de acordo com o CDC, quer em sintonia com o moderno direito securitário cuidam-se de “riscos excluídos e interesses não indenizáveis que devem ser descritos no contrato de seguro de forma clara e inequívoca”, conforme versa o PLC 29/2017. Assim, o Contrato de Seguro, seja conhecido e, de consequência, debatido exaustivamente por todos os que preconizam e aguardam a cada dia um maior aprimoramento de nossas instituições jurídicas. Isso, sem a quebra de princípios básicos e fundamentais que arrasta ao longo dos séculos um contrato-tipo, vale dizer de adesão, assim denominado na feliz criação do saudoso professor Orlando Gomes. 



VOLTAIRE MARENSI é coordenador da área de Direito Securitário do Franco Advogados e da Cátedra de Direito dos Seguros da ANSP.

Quanto vale uma delação?



DMULGAÇÃO

■ POR FLÁVIO FILIZZOLA D'URSO

“Embora seja uma realidade, a questão ainda suscita muitas dúvidas entre os juristas, especialmente pelo fato da utilização do instituto da delação premiada ser tão recente em nosso ordenamento jurídico, fazendo surgir questões complexas e controversas, como neste caso da “delação financiada”.”

É inegável que o instituto da delação premiada ganhou relevância no Brasil, especialmente em tempos da Lava Jato, até porque, a partir de delações premiadas, políticos e empresários do alto escalão foram para a cadeia. Mas pergunta-se: a delação, que precisa ser voluntária, pode ser estimulada ou financiada?

Essa indagação surge devido ao chamado “Programa de Incentivo à Colaboração”, no qual ex-funcionários de empresas envolvidas em casos de corrupção, recebem propostas de elevadas indenizações, para que formalizem acordos de colaboração premiada.

Neste programa, o ex-funcionário que colaborar, receberá certa quantia mensal, por vários anos, como recompensa por sua colaboração, e, surgindo “assuntos confidenciais” que devam ser revelados, se obriga a informar previamente a empresa, para que esta possa tomar as “medidas de proteção e reparação adequadas”.

Justificou-se a iniciativa deste programa de incentivo, porque apenas antigos administradores detinham as informações completas de interesse das autoridades, e, caso decidissem não cooperar com as investigações, o resultado poderia ser a “quebra” da empresa, pela possível condenação por improbidade, além de elevadas multas de até 80% de seu patrimônio.

Na verdade, o “Programa de Incentivo à Colaboração”, estimula financeiramente a realização de acordos de cooperação pelos antigos administradores, possibilitando a celebração de acordo de leniência da empresa com as autoridades públicas, assegurando a continuidade dos seus negócios.

Existem argumentos contrários a essa iniciativa, que advertem que o delator estaria recebendo uma dupla premiação, pois, além do benefício da redução da pena no acordo com o MP, também receberia certa quantia, ou que, ao premiar pessoas que cometeram crimes, a empresa estaria premiando o próprio crime, uma vez que, os acordos de delação existem para ressarcir os lesados e não os autores de crimes. Argumentam alguns que, por estar sendo indenizado, o delator poderia não informar tudo que tem conhecimento, para não desagradar a empresa que lhe paga.

Apelidou-se essa iniciativa de “delação financiada”, que não é ilegal, pois não possui nenhum tipo de previsão legal proibindo-a. Todavia, há quem sustente que, esta delação, com pagamento de indenização, comprometeria o requisito da voluntariedade do colaborador (conforme previsto no *caput* do art. 4º da Lei nº 12.850/13), acarretando sua eventual anulação.

Por outro lado, o argumento favorável a esta prática, tem viés social, pois, estimulando-se os acordos de delação e de leniência, os crimes seriam punidos, preservando-se as empresas, e nelas, os empregos que gera e a arrecadação tributária que propicia.

Portanto, embora seja uma realidade, a questão ainda suscita muitas dúvidas entre os juristas, especialmente pelo fato da utilização do instituto da delação premiada ser tão recente em nosso ordenamento jurídico, fazendo surgir questões complexas e controversas, como neste caso da “delação financiada”, exigindo dos operadores do Direito seu constante aperfeiçoamento, sempre observando-se as garantias individuais dos cidadãos e a busca da Justiça. 



FLÁVIO FILIZZOLA D'URSO é Advogado Criminalista, Mestrando em Direito Penal na USP, pós-graduado em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade de Coimbra (Portugal), com Especialização pela Universidade de Castilla-La Mancha (Espanha) e foi Conselheiro Estadual da OAB/SP (gestão 2016-2018).

Cultivo e uso medicinal da maconha

■ POR EUDES QUINTINO DE OLIVEIRA JÚNIOR

“É caso de aplicação do princípio da justiça distributiva ou da distribuição igualitária da Bioética, em que os benefícios recebidos por uma pessoa, mesmo que seja em outro país, devem ser estendidos a toda população brasileira, por meio de políticas públicas que sejam adequadas, em razão do tratamento que deve imperar no relacionamento humanitário.”

A evolução da biotecnologia, principalmente com relação aos fármacos, vem trazendo benefícios incomensuráveis à saúde humana em todas as fases da vida. Mesmo que a estrutura corporal continue sendo a mesma, assim como a vertente de sua falência, a tecnologia apresenta consideráveis avanços que vão se ajustando às necessidades do homem, acudindo-o quando necessitar de terapia específica. Tanto é que a medicina hoje praticada visa a uma ação preventiva para que as pessoas possam atingir a longevidade com qualidade de vida.

De há muito tempo vem sendo debatida no país a questão da utilização do canadibiol e outros canabinóides para fins medicinais. O canadibiol é um dos componentes da maconha e, para tanto, é isolado e sintetizado em ensaios clínicos científicos e pode expressar o perfil de eficácia e tolerância, sem condições de produzir efeitos psicológicos e cognitivos da erva *in natura*. Inicialmente, com a aprovação da substância em alguns países, com resultados alentadores, várias ações foram intentadas na justiça para a importação de medicamentos derivados da *Cannabis*, sendo que a maioria recebeu provimento permissivo. Posteriormente, a própria ANVISA, no ano de 2015, retirou o canadibiol da lista de substâncias proibidas no Brasil, passando a ser controlada, desde que utilizada em medicamentos para problemas neurológicos e, visando conter a excessiva judicialização, permitiu por meio de atos administrativos, a importação da substância derivada da erva, assim como o primeiro remédio à base de maconha no Brasil, o Mevatyl, no ano de 2017. Além do que permitiu a importação de

medicamentos à base de canabidiol para fins medicinais, mediante prescrição de profissional legalmente habilitado, de acordo com o estabelecido em nota técnica.

Isto porque as pesquisas envolvendo estudos relacionados com epilepsia, doença de Parkinson, esclerose múltipla e várias outras projetando até mesmo no tratamento de câncer e Aids, vão dando mostras cada vez mais robustas no sentido de que os efeitos terapêuticos são incontestáveis e incomparáveis com as drogas existentes no mercado. Vários países já liberaram o uso medicinal da maconha, principalmente na redução das crises convulsivas, com razoável margem de segurança e boa tolerabilidade, sem relatos de efeitos alucinógenos ou psicóticos.

No Brasil, a Lei nº 11.343/2006, em seu artigo 33, conhecida como Lei de Drogas, proíbe terminantemente o comércio da *Cannabis sativa*, em múltiplas e variadas ações conforme identificam o tipo penal, em razão da sua nocividade à saúde humana. Mas, diga-se a título de ilustração, tramita perante o STF o RE nº 635.659, que conta com os votos dos ministros Gilmar Mendes, Luiz Barroso e Fachin declarados em favor da descriminalização do porte de maconha para uso próprio. A Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.113/2014, por sua vez, aprovou o uso compassivo do canabidiol para tratamento de epilepsia em crianças e adolescentes.

A ANVISA, pela sua Diretoria Colegiada, em 11/6/2019, editou duas resoluções que serão submetidas à consulta pública para propiciar debates mais aprofundados sobre o tema, visando colher propostas que sejam convenientes e adequadas por parte de empresas, universidades, profissionais da saúde e outros interessados.¹

A primeira delas visa regulamentar os requisitos técnicos e administrativos para o cultivo controlado da *Cannabis sativa*, com as finalidades medicinais e científicas. A segunda tem por finalidade definir os procedimentos específicos relacionados com o registro e monitoramento dos medicamentos produzidos à base da substância, compreendendo desde a cadeia de produção, distribuição até o consumo dos medicamentos pelo paciente.

Percebe-se que a agência de controle, embora com certo atraso, vem oferecendo condições para a utilização de medicamento à base de *Cannabis*. As novas investidas traduzem o interesse em patrocinar não só o plantio, devidamente regulamentado, como também a distribuição dos medicamentos. Ora, se em vários países, com pesquisas já em estágios avançados, ficou demonstrada a potencialidade benigna da substância, nada mais justo do que implantar no Brasil, com a urgência necessária, os benefícios para pacientes de diversas doenças que vêm sendo combatidas e administradas pela droga.

É caso de aplicação do princípio da justiça distributiva ou da distribuição igualitária da Bioética, em que os benefícios recebidos por uma pessoa, mesmo que seja em outro país, devem ser estendidos a toda população brasileira, por meio de políticas públicas que sejam adequadas, em razão do tratamento que deve imperar no relacionamento humanitário. 

NOTA

1 <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/painelsa/2019/06/proposta-da-anvisa-para-maconha-medicinal-frustra-empresas.shtml?loggedpaywall>



EUDES QUINTINO DE OLIVEIRA JÚNIOR é promotor de justiça aposentado/SP, mestre em direito público, pós-doutorado em ciências da saúde, reitor da Unorp, advogado.

Pela simplificação legislativa

■ POR MÁRIO SAADI

“Leis e expedientes burocráticos ou que tenham se mostrado obsoletos não são bem quistos. Contrariam o desenvolvimento e a livre iniciativa, reconhecidos constitucionalmente. O Estado precisa mudar posturas. Precisamos de simplificação legislativa, de reconhecimento da liberdade de atuação.”

Há uma máxima que diz que a ninguém é conferido o direito de desconhecer a lei. Ela mesma é lei, diga-se: está incorporada no art. 3º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB. Nenhum tipo de ignorância é admitido. Todos nós, indistintamente, precisamos ser inteiros. Acumuladores incansáveis de conhecimento jurídico.

Em país de dimensões continentais, com capacidade de produção normativa atribuída a cada ente federativo (a União, os 26 Estados, o Distrito Federal e os cerca de 5.500 Municípios) e a cada ente ou órgão que integra a Administração Pública (autarquias, fundações, empresas estatais, ministérios, secretarias, departamentos e por aí vai), a tarefa é árdua. Para conhecer a vastidão das normas, dispense o resto: ocupe-se apreciando leis.

Esse cenário precisa mudar. Ainda que a máxima (ou mesmo o art. 3º da LINDB) não o seja, a forma de produção normativa no Brasil deve ser alterada. Por diversas razões. Ela faz com quem seja inviável ter acesso rápido e coeso às normas em vigor. Cada publicação gera choque na vida de pessoas e empresas. É necessário se debruçar sobre o novo texto e de lhe dar interpretação. Demanda-se tempo de adaptação às disposições. Negócios são impactados. A liberdade de atuação é restringida, revisitada, acuada.

Há outra afirmação jurídica que diz que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei (prevista no art. 2º, II, da CF). Deveríamos poder conhecer, ao menos, as normas que nos impõem condicionamentos, limitações. Quais são elas? Quem as edita? Por qual razão?

Vamos a exemplo do problema. O sistema de busca de legislação no site da Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT é dividido em critérios. Há “Resoluções”, “Súmulas”, “Deliberações”, “Portarias”. A última resolução publicada, datada de 21 de fevereiro de 2019, é a de nº 5.841. Qual o conteúdo de todas elas? São efetivamente necessárias? Quais estão revogadas? Todas produzem efeitos jurídicos?

Há relação entre elas e outros atos normativos editados pela ANTT ou por outros órgãos e entidades? Como impactam empresas e usuários submetidos à regulação?

A imensa atividade de produção normativa espanta. Pensemos no seguinte: a ANTT foi criada pela Lei nº 10.233/2001; num cálculo bastante simples, cada ano possui 250 dias úteis; considerando que 18 anos se passaram desde a sua criação (ou 4.500 dias úteis), a ANTT tem editado mais de 1 resolução por dia útil. Se fossemos considerar os demais atos normativos (portarias, deliberações...), o resultado seria ainda mais espantoso (obscuro, desastroso...). Em sentido diverso, há apenas 1 (sim, uma...) súmula, que data de 18 de julho de 2018. Se um dos objetivos das agências reguladoras é o de garantir uniformidade, previsibilidade e tecnicidade para os setores que ordenam, não deveríamos ter menos resoluções e portarias e mais súmulas (que consolidariam o entendimento sobre determinada matéria)?

A problemática não é exclusiva da ANTT. Pensemos no Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia – INMETRO. Tente encontrar em seu site ato normativo que discipline o procedimento de aplicação de penalidades (algo relevante para todos os agentes setoriais). A pesquisa pela palavra “penalidades” provê 211 resultados. Quais os atos normativos relevantes? Há algum geral, que trate indistintamente do tema? Não deveria haver compilação simples, para fácil visualização geral?

E se extrapolássemos o exercício para todas as leis veiculadas por Câmaras Municipais e Assembleias Legislativas e para os atos normativos delas derivados? Sobra normatização e falta certeza...

Precisamos de comportamentos legislativos opostos, como instrumento para que pessoas físicas e jurídicas saibam ao que se sujeitam e os porquês da sujeição. Um deles passa pela revisão de estoques regulatórios, com identificação de normas que podem ser revogadas, compiladas e atualizadas: simplificação no processo de elaboração, de produção e de divulgação de leis.

Também deveria haver esforço para se garantir acesso simples a conjuntos de atos normativos que disciplinam certo tema. Não é preciso muito: basta disponibilizá-los em site institucional, organizadamente, com adoção de linguagem simples, acessível. Se a ninguém é escusado o desconhecimento da lei, o mesmo se aplica à Administração Pública. Verificar leis, decretos e regulamentos em vigor e publicá-los deveria ser algo singelo, não?

A recém publicada Medida Provisória nº 881/2019, que institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, lida com problemas históricos da burocracia brasileira. Aprovação tácita em caso de não manifestação de órgãos, segurança jurídica para a inovação não regulada e imposição geral de análise de impacto regulatório são bons avanços. Representam mudanças para melhoria do ambiente de negócios. Mas precisamos ir além. Sua conversão em lei pode, e deve, tratar de problemas de criação legislativa.

A ordenação precisa ser coerente e compreensível. Leis e expedientes burocráticos ou que tenham se mostrado obsoletos não são bem quistos. Contrariam o desenvolvimento e a livre iniciativa, reconhecidos constitucionalmente. O Estado precisa mudar posturas. Precisamos de simplificação legislativa, de reconhecimento da liberdade de atuação. 



ARQUIVO PESSOAL

MÁRIO SAADI é Sócio de Direito Público e Infraestrutura do Tauil & Chequer Advogados, Doutor em Direito do Estado pela USP, Mestre em Direito Administrativo pela PUC-SP e Bacharel em Direito pela FGV-SP.

Sobre problemas crônicos de nossa educação

■ POR MARIA TERESA EGLÉR MANTOAN

“O que nos resta fazer é viver a momentaneidade dos tempos, sua fluidez e velocidade. Persistir, ir em frente é o que nos cabe no mundo fascinante da educação brasileira. Nosso lugar é na vanguarda, na primeira fila dos que ambicionam e creem na força de propostas bem intencionadas e poderosas.”

O velho modelo de nossa educação está sendo cada vez menos capaz de responder como estamos formando nossos estudantes para o mundo de hoje e para a sociedade que vão encontrar, quando saírem da escola. Ainda é tímida a penetração de um pensamento educacional que pretenda revolver visões e práticas educacionais que insistem em manter concepções ultrapassadas, mas travestidas do novo. O cenário é dos mais confusos, incertos e propício às propostas que anunciam soluções mágicas e com pretensões de salvar a educação brasileira – projetos que repetem o mesmo, mas vendidos como prescrições mágicas e infalíveis.

Velhas receitas, panaceias importadas e propostas como fórmulas salvadoras dos nossos males têm perpetuado a desqualificação da educação brasileira. Como mudar esse quadro situacional é o que nos cabe como estudiosos do problema no Brasil. Vão aqui nossas proposições, relacionadas especificamente ao nível básico de ensino – da Educação Infantil ao Ensino Médio.

Nossa educação tem seus fundamentos no Iluminismo, no Humanismo, na Modernidade. Neles se baseiam a maior parte de nossos manuais, livros didáticos, práticas pedagógicas, formação de professores e demais agentes do ensino escolar. O Humanismo delimita o que somos, conferindo um sentido fechado para representar a criança, o jovem, o adulto, o estudante, as novas gerações. Os modelos já estão definidos e não se tem a oportunidade de mostrar quem realmente somos e o que desejamos ser. Seguimos conscientes ou não, esse ideário. Ignoramos na maior parte do tempo o quanto ele nos dificulta nos processo de mudança de nossa educação.

Dele advém as identidades fixadas, a diversidade – meios de classificar pessoas por uma de suas características, tão firmemente presente no modo de organizarmos os nossos sistemas escolares: a formação das turmas, os currículos, o desempenho dos alunos... A consequência dessa regularização do humano artificializa os processos escolares e desfigura a característica constitutiva dos ser humano: não ser o mesmo e se diferenciar ilimitadamente, através da existência. Tal artificialização, no entanto, é tida como natural por muitos, especialmente pelos que ensinam e que, para tanto, adotam métodos cada vez mais potentes de promover categorias de estudantes, conforme a capacidade que têm de reproduzir conhecimentos. Assim, nossos estudantes, fixados em modelos próprios para cada ano escolar, se agrupam e devem aprender, repetindo o mais próximo possível os padrões estipulados. Com os professores acontece o mesmo – reproduzem conhecimentos prontos, prescritos nos manuais, apostilas, livros didáticos e todo tipo de recursos pedagógicos que lhes delimitam o que, como e quando ensinar determinados conteúdos disciplinares. Nesse ciclo reprodutor se emaranham estudantes e professores, para que sejam reconhecidos, bem avaliados em suas atribuições escolares.

Pouco se comenta a respeito dessa característica normalizadora das práticas escolares vigentes. Segue o barco. No entanto, elas denunciam o que os professores se habituaram a seguir para ensinar. É com base em uma visão humanista e iluminista da Modernidade que perdemos a capacidade de perceber as razões pelas quais a nossa escola não consegue acompanhar os novos tempos, insistindo na perpetuação de um modelo de ensino ultrapassado, mesmo quando seus resultados nos intrigam e até mesmo nos envergonham.

Para além dessas considerações, é iminente a necessidade de defendermos uma escola de todos e para todos, que propicia aos que a ela acessam o acolhimento e o envolvimento no processo educacional, na medida de suas capacidades e interesses. Esse desafio é fundamental, para chocar a escola diante do marasmo em que atua, sem críticas ao modo particular de ensinar e de aprender de cada um.

Nossas experiências escolares e acadêmicas têm caminhado nesse sentido e resultam de uma questão de fundo: o fato de que não somos o mesmo, mas seres singulares, unívocos, que nos diferenciamos dentro de um mesmo grupo identitário, no qual queiram ou queiramos nos alojar. A capacidade multiplicativa da diferença de cada um de nós, o devir, o tornar-se alguém desmistificam a diversidade, a pluralidade, que celebram o politicamente correto, aceitando, tolerando os diferentes, aqueles negativamente valorados pela diferença entre uns e outros e a diferença de uns sobre os outros.

Rever o modo como concebemos os estudantes a partir da diferença em si de todos nós e, em consequência, os nossos projetos, escolas, professores e as nossas escolas parece-nos um outro bom motivo para tratar aqui dos problemas crônicos da nossa educação.

O caminho percorrido pelas macropolíticas educacionais é um outro problema, que temos abordado em nossos estudos e nas escolas com as quais nos relacionamos. As macropolíticas instituem o ideário, a linha mestra de uma nova orientação educacional. Explicitam os fundamentos, as diretrizes, as ações que as consubstanciam e para as quais devem convergir os demais planos e projetos delas oriundos. Tributária e convergente, as micro-políticas educacionais filtram com fidelidade as grandes linhas das trazidas pelas macropolíticas para o contexto educacional específico das redes de ensino do país, fazendo com que se concretizem, a partir do que é próprio

de cada lugar, dos recursos de cada escola, das salas de aula, de seus estudantes e professores. Tal fluxo assegura que as ideias de um plano de origem sejam preservadas na ponta, e conferem às comunidades escolares e a seus agentes locais o protagonismo da educação. Quando nesse caminho decrescente as macropolíticas perdem o sentido das inovações que propõem (e isso acontece com frequência), elas chegam às escolas das redes municipais e estaduais de ensino distorcidas, diminuídas. Habitados a seguir regras, a executar tarefas os gestores e professores acatam o que vem de cima e os erros se propagam e se firmam progressivamente.

Para garantir esse fluxo na ponta e para conferir originalidade a seus projetos, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional de 1996 outorgou a cada unidade escolar autonomia para instituir e desenvolver o seu próprio Projeto Político-Pedagógico (PPP). Essa prerrogativa não tem sido reconhecida pela maioria como instrumento que diferencia cada escola e orienta suas ações, tendo como base as micro-políticas fielmente traduzidas do original. Ocupam o lugar vago dos PPP os inúmeros projetos de formação comprados pelas redes de ensino e outras formas de se impingir práticas e conteúdos escolares aos professores e estudantes do país.

Apesar das críticas veladas, tais projetos, cursos, programas, manuais de apoio a professores (no geral impingidos por ONGs, campanhas, grupos dedicados à educação e seus grandes investidores...) penetram nas escolas abertamente, com supostos propósitos de levar qualidade ao nosso ensino. As melhorias que conseguem em um dado município, ou escolas são apregoadas como fórmulas de resolver os nossos problemas educacionais no seu todo.

Onde estão os PPP, os estudos em grupo, para que esses oferecimentos sejam considerados, avaliados, levando em conta as necessidades, as aspirações, metas e objetivos de cada unidade escolar?

De fato, o vácuo criado pela ausência de um PPP bem construído descaracteriza a escola e tem efeitos desastrosos. Ela perde a possibilidade de fazer escolhas livres, criar soluções próprias para enfrentar seus verdadeiros problemas.

Além da diferença em si de cada estudante, das distorções dos macroplanos pedagógicos, da desconsideração dos PPP já comentados, há ainda um outro problema de fundo e dos mais relevantes para a análise a que estamos submetendo a nossa educação: o entendimento dos processos de ensinar e de aprender no senso comum e até mesmo em teorias psicológicas, pedagógicas e afins.

As pessoas em geral e mesmo os professores defendem esses dois processos como indissociáveis: só se ensina se alguém aprende e só se aprende o que um outro ensina. O professor, em consequência, carrega o que se denominou mito pedagógico, pelo qual depende exclusivamente dele o aprendizado de seus estudantes. Contestamos esse mito, que se torna mais um pesado fardo que o professor deve carregar e que o desvia de suas atribuições e do seu compromisso educacional como o profissional do ensino. Em poucas palavras, o professor ensina, quando se dedica e se concentra na preparação de suas aulas; atualiza seus conhecimentos; cria novas práticas, apropriadas às suas disciplinas e procura trabalhar competência. Assim procede para fazer a sua parte, no processo educativo. Ele se propõe a conhecer o interesse, as necessidades dos alunos, escutando o que indagam, respeitando e acatando suas questões, curiosidades, procurando dirimir dúvidas, responder a indagações, expandir conhecimentos nas áreas curriculares.

A aprendizagem, por sua vez, é a parte que cabe ao estudante, o qual, tendo sido ouvido em suas reivindicações e afetado pelo que o professor traz de novo, pode ou

não avançar em um dado conhecimento, dado que o processo de aprender é livre, aberto, personalizado e individual. E na maioria das vezes nem mesmo percebido imediatamente por quem aprende... O estudante tem grandes chances de ser tocado por um dado conhecimento, mas esse toque não tem uma previsão garantida e que o processo deslanche. O aprender pode acontecer em situações inesperadas, incontrolláveis de fora; ou seja, não depende exclusivamente do que o professor ensina. Em consequência, o aprendizado só pode ser avaliado pelo próprio aprendiz, sendo dificilmente captado por provas, avaliações ditas objetivas, que só conseguem computar a reprodução do conhecimento e não a sua recriação por quem aprende.

O que se entende por ensinar e por aprender é, portanto, essencial à formação do professor. A consciência do seu papel de ensinar, sem exigir em contrapartida a reprodução do que ensina, é primordial e faz muita diferença quando se pretende uma escola de qualidade, que não faz do aluno um repetidor, alguém treinado para dar respostas supostamente corretas. Aprender é recriar o conhecimento, que é sempre provisório, incompleto. Ensinar é acolher as soluções, as opiniões, as hipóteses de cada estudante sobre um dado assunto, provocar, desafiar a sua inteligência, não considerar o erro indesejável, mas uma etapa da construção do conhecimento.

Concebemos a escola como um lugar circunscrito, um lugar de luta. É sempre possível mudar seus rumos, no dia a dia, a partir da sala de aula, onde cada estudante tem o direito de aprender, criticar, emitir opiniões, ser alguém, ser ilimitado na sua capacidade de se diferenciar.

Temos buscado qualidade na educação por meio desses vetores ora destacados, e que são, no nosso entender, imprescindíveis se queremos eliminar desse lugar a homogeneização, as exclusões que dela derivam. A própria formação das salas de aula, organizadas por critérios que advêm de um estudante ideal, abstrato, corrobora para que a regra, o modelo, a universalização continuem povoando as salas de aulas, fazendo com que se transformem em espaços irrealis, desatualizados. O autoritarismo das redes de ensino, que exerce um controle sobre as escolas com base na produtividade, nos rankings de aprendizagem locais e internacionais medidos pelas avaliações externas e globalizadas é um outro mal que decorre do quadro soluções de que aqui descrevemos. Mas vamos ficar por aqui!

Vivemos em tempos líquidos como nos assinalou Bauman, em sua obra Amor Líquido, sobre o fato de que tudo pode mudar nos laços e processos humanos.

O que nos resta fazer é viver a momentaneidade dos tempos, sua fluidez e velocidade. Persistir, ir em frente é o que nos cabe no mundo fascinante da educação brasileira. Nosso lugar é na vanguarda, na primeira fila dos que ambicionam e creem na força de propostas bem intencionadas e poderosas. Porque elas revolvem todo o entulho que nos impede de avançar onde nossos pés estão pisando, mas sempre avistando um cenário diferente, mutante para a nossa educação. O compromisso maior é o de construir com os professores e os estudantes uma escola em que se possa ensinar e aprender com responsabilidade e atualidade, lidar com situações imprevisíveis, conhecimentos imperfeitos, tecnologias que avançam sem limites, participação na vida pública com liberdade e respeito e sem exclusões. Mãos à obra! 



MARIA TERESA EGLÉR MANTOAN é Doutora em Educação; professora do Programa de Pós-graduação em Educação da Faculdade de Educação da UNICAMP; coordenadora do Laboratório de Estudos e Pesquisas em Ensino e Diferença (LEPED)/UNICAMP.

Ética digital e *compliance* escolar

■ POR ANA PAULA SIQUEIRA LAZZARESCHI DE MESQUITA



EDUCAÇÃO

“Uma estrutura de ética digital escolar deve facilitar a consideração do que é moralmente desejável para a comunidade escolar, não apenas o que é possível para a tecnologia ou permitido pela lei. Para a maioria das instituições de ensino, o primeiro passo deste processo é aumentar a conscientização sobre o que é educação e ética digital, e ensinar as partes envolvidas e os funcionários que isso não é a mesma coisa que *compliance*, privacidade ou segurança.”

É comum (e tecnicamente equivocado) relacionar o termo “educação digital” com o manuseio correto de *tablets*, computadores e *smartphones*. No entanto, o “bem-educado” digitalmente não é aquele que sabe programar e ou utilizar as ferramentas digitais.

A educação digital vai muito além dessas questões superficiais. Ela envolve inúmeras habilidades e conhecimentos que independem da sabedoria que as pessoas têm sobre a tecnologia em si. Um jovem pode saber apenas ligar um dispositivo, enviar e receber mensagens, mas ser muito bem-educado digitalmente.

Os dispositivos movidos por IA (inteligência artificial) levarão a interações profundas e significativas entre o aluno e as máquinas inteligentes. Em um futuro próximo, o trabalho pedagógico passará por transformações ainda mais profundas com tecnologias como redes neurais, processamento de linguagem e aprendizado cognitivo das máquinas.

No Brasil existem políticas públicas para a inclusão digital dos cidadãos, fato que infelizmente é confundido com o conceito de educação digital. Na inclusão, cuida-se de juntar empresas, governos e instituições de ensino para a realização de investimentos vultuosos em equipamentos, máquinas e softwares para que pessoas de diferentes gerações possam utilizar a tecnologia para acessar a rede mundial de computadores e a todo o conhecimento disponível, seja ele bom ou ruim, falso ou verdadeiro, moral ou imoralmente aceito, independentemente de formas de pensamento.

Com esse cenário de evolução digital e inteligência artificial, há uma série de questionamentos éticos que surgem e têm que ser considerados pelas instituições de ensino na tomada de decisões relativas ao *compliance* escolar. As escolas devem desenvolver uma estrutura que questione aspectos como a segurança, confiança e privacidade de dados, bem como atender a todos os requisitos da Lei Geral de Proteção de Dados.

A educação digital trata da utilização correta, lícita e ética desta forma de relacionamento, estando a pessoa conectada à rede por qualquer dispositivo, sejam os tradicionais computadores de mesa, *notebooks*, *tablets* ou telefones celulares. Portanto, a educação digital implica em conscientização dos gestores sobre privacidade, segurança da informação e, tão ou mais importante, de prover uma ampla e constante abordagem sobre a ética digital em toda e qualquer forma de comunicação virtual.

Precisamos nos conscientizar que todo dia é de aprendizado, surge uma nova tecnologia e uma nova demanda do aluno e da família, que deve receber todo o suporte da escola, nos termos do Código de Defesa do Consumidor. Com isso, os professores de outras gerações terão a grande oportunidade de rejuvenescer, aprendendo com os alunos e com a inteligência artificial, e estarão prontos para toda essa complexidade atual.

O uso de novas tecnologias traz responsabilidades para as escolas. É preciso discutir quais são os limites éticos dos grupos de WhatsApp escolares, quais são os padrões a serem seguidos e os dilemas a serem enfrentados. Para isso, ter um comitê de ética permanente, como extensão do departamento de governança digital escolar, é o primeiro passo para os colégios se protegerem de possíveis dilemas no uso de novas tecnologias.

Para os professores e coordenadores, a educação digital reflete em impactos que vão além do ambiente de trabalho. São novas interações e processos que devem

ser aprendidos por todos, muitas vezes, em pouco tempo. Mas qual é o limite do uso? Quantas horas por dia o professor deve interagir com as máquinas e com os alunos? O professor pode responder perguntas ou dúvidas acadêmicas a qualquer hora do dia ou da noite no WhatsApp? Essas são questões que devem ser discutidas e combinadas pelos colégios com os sindicatos, para que os reflexos trabalhistas possam ser mensurados economicamente.

A Internet foi a única forma de conhecimento e comportamento humano – desde o início da civilização – que chegou ao mesmo tempo para todas as faixas etárias. Ou seja, não foi algo transmitido de uma geração para outra, não houve tempo hábil para a discussão de valores, limites e comportamentos.

A ética digital deriva do comportamento humano, independentemente da máquina ou software utilizado pelo usuário.

A ética digital não é derivada de lei; ela depende amplamente de como cada escola estabelece, individualmente, seus parâmetros de atuação e define como será o futuro de cada indivíduo que abraça a educação digital como ponto de partida.

Ninguém nasce com ética ou com moral, visto que ambas são construções culturais e simbólicas; são conceitos adquiridos ao longo da experiência humana, seja pela cultura, pelas regras jurídicas, pela educação ou por reflexões pessoais.

Quais são as nossas responsabilidades pessoais em uma relação com o outro nas redes sociais? Como lidamos com as outras pessoas quando somos frontalmente? A conduta digital pode e deve ser uma forma de comportamento mediado por princípios e valores morais.

Não podemos avançar hipnotizados para o futuro virtual sem questionar o que realmente queremos, o que é adequado, positivo, lícito e arriscado para a educação e construção de verdadeiros valores humanos, desde a tenra idade.

A tecnologia que criamos gera novos casos de uso, oportunidades, perigos e caos institucionais. A tecnologia e sua aplicação não podem ser separadas e precisam ser objeto de reflexão jurídica e pedagógica.

A principal causa de conflito e indisciplina relacionada a alunos e famílias na área digital é a falta de entendimento das regras e o estabelecimento falho de critérios internos de valores. Os conflitos não resultam apenas de diferentes interesses no interior do colégio, mas surgem também de ideias e fatos exteriores à escola. O conflito não pode ser visto apenas como uma ideia negativa, pois por vezes estes “combates” são benéficos no desenvolvimento de uma mudança organizacional.

Uma estrutura de ética digital escolar deve facilitar a consideração do que é moralmente desejável para a comunidade escolar, não apenas o que é possível para a tecnologia ou permitido pela lei. Para a maioria das instituições de ensino, o primeiro passo deste processo é aumentar a conscientização sobre o que é educação e ética digital, e ensinar as partes envolvidas e os funcionários que isso não é a mesma coisa que compliance, privacidade ou segurança. 



ANA PAULA SIQUEIRA LAZZARESCHI DE MESQUITA é advogada, sócia-fundadora de SLM Advogados, professora Mestre pela PUC/SP e especialista em Direito e Educação Digital.

Financiamento da educação

■ POR NAERCIO MENEZES FILHO

“Mesmo num período de grave restrição fiscal como o que estamos passando, os gastos públicos com educação e saúde têm que ser preservados, pois são essenciais para gerar igualdade de oportunidades e aumentar o crescimento econômico no longo prazo.”



As polêmicas com relação ao financiamento da educação aumentaram muito nos últimos meses, com o contingenciamento de gastos nas universidades públicas, o corte nas bolsas de pesquisa e o início das discussões sobre o novo Fundeb (Fundo de Desenvolvimento da Educação Básica), já que o atual acaba no ano que vem. Afinal, o que deve ser feito com relação ao financiamento da educação? Quais devem ser as prioridades?

Na hora de definir as prioridades nos gastos com educação e saúde, o primeiro critério deveria ser priorizar as áreas que mais contribuem para igualar oportunidades para todos os brasileiros desde o nascimento. Além disso, devemos sempre buscar eficiência nos gastos, ou seja, almejar alto impacto gastando o menos possível, para igualar oportunidades poupando o contribuinte, com maior retorno para a sociedade.

Com relação ao ensino superior, é preciso notar que só recentemente a parcela mais pobre da população teve acesso a esse nível de ensino. Dados históricos mostram que entre 1900 e 1960 menos de 1% da população acima de 25 anos tinha ensino superior completo. Isso ocorreu porque poucas pessoas completavam o ensino médio naquela época, devido à alta repetência entre os mais pobres que vigorava (e ainda vigora) no país e porque havia poucas faculdades. Assim, aqueles que nasceram na década de 60 e têm pais que concluíram o ensino superior (quase todos brancos), tiveram muita sorte na loteria da vida.

Mas as coisas mudaram nas últimas décadas. Entre 1970 e 2000 a parcela da população com ensino superior aumentou para 7%, principalmente devido à desregulamentação do ensino superior privado. E entre 2000 e 2018 ela aumentou mais rapidamente, passando de 7% para 17%, com o crescimento da renda dos mais pobres, o aumento de vagas na rede pública, a criação do Prouni e o Fies. Além disso, as cotas fizeram com que a parcela dos estudantes de escolas públicas e negros aumentasse significativamente nas universidades públicas, o que é muito importante para aumentar a mobilidade entre gerações e servir de referência e incentivo para que outras crianças pobres também se esforcem para ingressar.

Os gastos com educação dobraram nos últimos 15 anos, passando de R\$ 170 para R\$ 340 bilhões. Mas é importante notar que, enquanto no ensino básico o gasto por aluno triplicou entre 2000 e 2015, no ensino superior o gasto por aluno ficou constante. Assim, o aumento de gastos no ensino superior foi utilizado para aumentar o número de alunos, que dobrou nesse período, passando de 1 para 2 milhões com a abertura de novas universidades. Vale notar que o retorno econômico desse investimento para os alunos mais pobres é elevado, pois a diferença salarial de um curso superior de boa qualidade com relação ao ensino médio é de aproximadamente 200% e eles não podem pagar mensalidades.

Além disso, não é possível cortar os gastos federais anuais com educação sem ferir a Constituição, pois a PEC do teto, ao mesmo tempo que desvinculou os gastos com educação e saúde das receitas da União, impediu uma redução no valor real de despesas nessas áreas. O governo pode contingenciar recursos ao longo do ano ou realocar despesas dentro do orçamento da educação, do ensino superior para o ensino básico por exemplo, mas não pode diminuir os recursos gastos com relação ao ano anterior. Mas será que ele deveria realocar recursos entre as áreas, retirando recursos do ensino superior?

Em primeiro lugar, critérios políticos e ideológicos não podem servir de parâmetro para definir a alocação dos gastos com educação, nem entre níveis de ensino nem entre áreas do conhecimento. As universidades devem ter autonomia para decidir aonde e como alocar seus gastos, desde que sejam transparentes. Além disso, apesar de todos os seus problemas associados ao corporativismo, as universidades públicas cumprem um papel importante na formação de alunos de graduação e pós-graduação, especialmente agora que também estão formando alunos inteligentes mais pobres.

Mais ainda, elas são responsáveis pela maior parte da pesquisa científica no país. Assim, seus recursos atuais, assim como suas bolsas de estudo, devem ser preservados. Mas se quiserem um aporte financeiro maior da sociedade no futuro, elas terão que se reinventar, avaliando a qualidade do ensino e da pesquisa de cada professor e buscando parcerias com setor privado tanto para diversificar suas fontes de financiamento como para aumentar a aplicabilidade das suas pesquisas.

Um dos problemas principais atuais da sociedade brasileira é que, para cumprir a PEC do teto dos gastos num contexto em que há crescimento de gastos com aposentadoria e manutenção de gastos com educação e saúde, as despesas das outras áreas, tais como assistência social, ciência, tecnologia e qualificação do trabalhador terão que cair. Caso a PEC do teto seja mantida, em breve faltarão recursos para programas como o Criança Feliz, Bolsa Família e Benefício de Prestação Continuada, que são essenciais para o desenvolvimento infantil e para redução da pobreza. Por isso é essencial aprovar uma reforma da previdência ambiciosa (mas sem alterar as regras do BPC e da aposentadoria rural).

Com relação à educação básica, sua gestão é feita essencialmente pelos Estados e municípios e sua principal fonte de financiamento é o Fundeb. Dado o grande aumento nos gastos por aluno que houve nos últimos 15 anos e a diminuição acelerada do número de alunos que haverá no futuro, a prioridade agora é tornar o Fundeb mais efetivo e mais redistributivo. Para isso, teremos que mudar as regras de distribuição de recursos para diminuir ainda mais a diferença de gastos por aluno entre as redes, priorizar os gastos com creche e pré-escola para as crianças mais pobres e incentivar a busca pela eficiência, transferindo mais recursos para os municípios que implementarem políticas educacionais baseadas em evidências: aumento do número de horas-aula, foco na alfabetização, adesão à base nacional curricular comum, avaliação de aprendizado dos alunos e meritocracia.

Em suma, mesmo num período de grave restrição fiscal como o que estamos passando, os gastos públicos com educação e saúde têm que ser preservados, pois são essenciais para gerar igualdade de oportunidades e aumentar o crescimento econômico no longo prazo. Porém, devemos priorizar os gastos que vão para os mais pobres e buscar sempre mais eficiência na aplicação desses gastos. 



NAERCIO MENEZES FILHO é professor titular da Cátedra Ruth Cardoso no Insper, professor associado da FEA-USP e membro da Academia Brasileira de Ciências.

O país que queremos

■ POR ODED GRAJEW

“O presidente da República Jair Bolsonaro, sempre cita Israel como exemplo. Foi exatamente essa escolha que o país fez desde a sua fundação. Tinha enormes carências; havia, inclusive, racionamento de comida para os adultos. Mas os recursos da educação eram e continuam sendo sagrados. Governo e a população se viraram, fazendo sacrifícios para garantir tais recursos.”

Diante da redução dos recursos para as universidades, deveríamos nos fazer a seguinte pergunta: que país queremos construir, qual é o projeto do Brasil como nação?

Se quisermos um país debilitado e dependente economicamente, cidadãos empobrecidos e desinformados, uma massa fragilizada à espera de um salvador e facilmente manipulável por populistas e demagogos, basta asfixiar recursos da educação e empobrecer os currículos, retirando disciplinas que estimulam a reflexão e o pensamento crítico, como são, por exemplo, a sociologia e a filosofia.

Apesar dos discursos, e ressalvando honrosas exceções, manter a educação nos atuais patamares é um projeto político de poder que se alimenta da dependência e do precário acesso à informação e ao conhecimento da maioria dos cidadãos.



Mas se quisermos um país próspero economicamente e competitivo internacionalmente, educação de qualidade é fundamental. Se quisermos reduzir a pobreza e as desigualdades e aumentar a renda das pessoas, educação de qualidade é fundamental. Se quisermos ter cidadãos conscientes, críticos, exigentes, atuantes, que acompanhem e cobrem dos governantes ética e eficiência, uma democracia participativa e consolidada, educação de qualidade é fundamental. Se educação de qualidade é fundamental para a construção de um país que certamente corresponde à expectativa das pessoas que querem bem ao Brasil, ela deveria ser tratada de forma diferenciada, com absoluta prioridade.

A discussão não deveria ser se devemos ter uma determinada porcentagem do orçamento para a educação ou cortar uma determinada porcentagem dos recursos para se adequar à redução das receitas.

Deveríamos, isto sim, elaborar um programa que garanta educação de qualidade para todos (propostas e conhecimentos não faltam), dimensionar e alocar todos os recursos necessários para este projeto. Repito: dimensionar e alocar todos os recursos necessários para garantir educação de qualidade para todos os brasileiros.

Fariamos sacrifícios em todas as outras áreas, procurando poupar e preservar a população mais vulnerável. Poderíamos, inclusive, aumentar as receitas taxando os mais favorecidos. Educação seria a grande e absoluta prioridade, e o sacrifício de alguns anos em outras áreas seria recompensado pela construção de um país próspero e com qualidade de vida para todos. Foi esta decisão que tomaram no passado todos os países que se tornaram desenvolvidos. A Coreia do Sul é o exemplo mais recente - o PIB per capita era a metade do Brasil nos anos 1980; atualmente, é o dobro.

O Brasil, vergonhosamente, é um dos países mais desiguais do mundo. Aqui, 5% da população auferem 95% da renda. Não há país que dê certo com este quadro. Recursos não faltam, mas são mal distribuídos. Precisar pagar para ter acesso à educação de qualidade alimenta e reforça as desigualdades. Educação pública de qualidade, oferecendo oportunidades iguais para pobres e ricos, é o caminho mais eficaz para reduzir as desigualdades.

O presidente da República Jair Bolsonaro, sempre cita Israel como exemplo. Foi exatamente essa escolha que o país fez desde a sua fundação. Tinha enormes carências; havia, inclusive, racionamento de comida para os adultos. Mas os recursos da educação eram e continuam sendo sagrados. Governo e a população se viraram, fazendo sacrifícios para garantir tais recursos. Ninguém nunca ousou falar em cortes, mesmo em épocas de dificuldades. Nasci lá e sou o resultado desta escolha. Alunos e professores eram e são reverenciados até hoje. Ninguém os chama de idiotas e imbecis. Atualmente, o PIB per capita de Israel é cinco vezes maior que o do Brasil.

Muitos pais fizeram e fazem sacrifícios, cortam na carne despesas, se desdobram para auferir mais renda, tudo para garantir que seus filhos possam estudar em boas escolas para ter um futuro melhor. Certamente foi o que fizeram pais de vários leitores deste artigo. É desta escolha a nível coletivo, de governos e sociedade, que depende o futuro do nosso país. ■



ODED GRAJEW é Presidente do Conselho Deliberativo da Oxfam Brasil, Presidente emérito do Instituto Ethos e Conselheiro da Rede Nossa São Paulo e do Programa Cidades Sustentáveis.

O que é um estupro?

■ POR LUIZA NAGIB ELUF

“O Brasil ainda é um país muito primitivo em termos de compreensão da sexualidade. Nossa cultura rasa, preconceituosa, dominadora, machista e hipócrita prejudica muitas pessoas que não conseguem ser felizes no amor.”



Devido aos últimos acontecimentos envolvendo um jogador de futebol e uma moça brasileira que com ele se encontrou na França e, depois de uma noite juntos, denunciou o jogador por ter, segundo ela, cometido um “estupro”, muitas pessoas passaram a indagar o que de fato poderia ser chamado desse nome. Segundo o Código Penal Brasileiro, em seu art. 213, estuprar é “constranger alguém, mediante violência ou

grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”. A pena é de 6 a 10 anos de reclusão. Primeiramente, é de se esclarecer que “conjunção carnal” é a locução designadora do ato sexual vaginal. Já “outro ato libidinoso” pode ser qualquer contato físico de caráter sexual. “Constranger” significa obrigar, impor sua vontade, forçar a fazer o que não se deseja. A grave ameaça pode ser exercida mediante uso de arma de fogo, arma branca, chantagem, promessa de mal futuro dentre outras formas. A vítima de estupro pode ser homem ou mulher. Ou seja: estupro é algo muito abrangente no Código, sendo que a jurisprudência vem tratando de delimitar melhor sua configuração.

No caso do jogador de futebol, não sabemos o que de fato ocorreu porque a versão dele é conflitante com a versão apresentada pela parceira que se sentiu agredida, sendo que o processo corre em segredo de Justiça. Portanto, a Justiça dirá daqui a algum tempo aquilo que todos gostariam de saber agora, e decidirá se houve crime ou não e qual será a eventual pena.

De toda a forma, é importante compreender que, mesmo tendo aceitado um convite para passar a noite com alguém, uma pessoa tem o direito de desistir do ato, ainda que já esteja deitada na mesma cama. Cabe lembrar o caso do lutador de boxe Mike Tyson, nos Estados Unidos, que foi condenado pelo estupro de uma moça que aceitara o convite para fazer sexo com ele, mas que, tendo sido agredida durante as preliminares, resolveu desistir do ato. Mesmo assim, o lutador a obrigou a ir até o fim. Tyson foi condenado e cumpriu pena privativa de liberdade. É preciso compreender que uma relação íntima só pode ser admitida quando ambos (ou todos) os participantes estejam de acordo em praticá-la. Mesmo se ocorrer alguma violência (tal como tapas, arranhões, imposições, simulações) não será estupro se as partes estiverem de acordo e a relação for satisfatória para os envolvidos. Hoje existem até as chamadas “dominatrix”, profissionais do sexo que se utilizam das práticas BDSM (*bondage*, submissão, dominação e masoquismo), conforme o gosto do freguês. Em resumo, há muita diferença entre o “sim” e o “não”. Qualquer um consegue distinguir isso.

Estão previstos, ainda, em nosso Código Penal, outros crime que atentam contra a liberdade sexual, tais como a violação sexual mediante fraude, a importunação sexual, o assédio sexual, o estupro de vulnerável, a corrupção de menores, a exploração sexual etc., todos eles fazendo previsões de condutas agressivas e desrespeitosas envolvendo a sexualidade humana.

O Brasil ainda é um país muito primitivo em termos de compreensão da sexualidade. Nossa cultura rasa, preconceituosa, dominadora, machista e hipócrita prejudica muitas pessoas que não conseguem ser felizes no amor. Sexo por dinheiro é uma distorção, seja por parte de quem paga, seja por parte de quem recebe. Algo que existe para trazer harmonia, paz e felicidade não deve ser confundido com uma relação de poder. É mais importante entender isso do que descobrir quem está mentindo. 



Fake news: quais os impactos das notícias falsas no seu negócio?

■ POR GISELE TRUZZI



**FAKE
NEWS**

“Esse cenário de mudanças tão repentinas e constantes revela um desafio ao pensamento moral e ético, ainda mais quando estamos diante das *fake news*, que ora estimulam debates interessantes sobre o que é ou não verdade, ampliando os horizontes das investigações acadêmicas e profissionais, por outro lado, invocam uma quase imensurável fonte de pesadelos.”

O fenômeno das *fake news* cresce diariamente, a ponto de muitas vezes não conseguirmos distinguir a notícia verdadeira da falsa. Nossos celulares, e-mails e redes sociais são inundados por esse conteúdo que, muitas vezes, além de falso, é também difamatório e ofensivo, pois visa atacar terceiros, e não somente confundir o público leitor através de uma mentira. Estas são características peculiares das *fake news*: a) seu imenso poder devastador, que ofende e fere a imagem de uma pessoa, marca ou instituição através de um fato mentiroso, enquanto arrebanha seguidores ávidos, que replicam instantaneamente o conteúdo negativo, envolvidos pela manchete curiosa;

b) informações inverídicas disseminadas com intuito de manipulação direta da opinião pública; c) notícias falsas divulgadas com objetivos meramente financeiros (as chamadas notícias “caça-cliques”: quanto maior o número de cliques, maior o retorno).

Esse conteúdo falso, uma vez publicado na internet, é rapidamente “viralizado”, compartilhado por milhares de pessoas, e sua retirada é extremamente difícil, dada a proporção que alcança. A criação, a divulgação e o compartilhamento de *fake news* podem acarretar ilícitos já previstos em nossa legislação, gerando responsabilização civil e criminal para os envolvidos. Para as vítimas ou potenciais alvos dessas *fake news*, os danos sofridos afetam tragicamente suas vidas pessoal e profissional, gerando máculas indelévels.

As *fakenews* são notícias falsas, inventadas e manipuladas com o intuito de viralizar na rede mundial de computadores, atraindo com um pretense verniz jornalístico, a intenção do público e o resultado financeiro derivado dos cliques e visitas na página.”

Fake news também podem ser conceituadas como notícias fraudulentas, tendo em vista que além de trazerem um conteúdo falso, que não condiz com a realidade, por intermédio de uma manchete curiosa ou tendenciosa, induzem o leitor a clicar em um link e tomar determinadas atitudes a partir deste momento. Tais comportamentos podem envolver desde a efetivação de uma compra em um site falso até mesmo o compartilhamento de matéria negativa ou falsa para terceiros.

Na prática da advocacia na esfera do Direito Digital, é comum nos depararmos com inúmeros casos relacionados a crimes contra a honra praticados por meios eletrônicos, e há casos específicos em que as ofensas e o ódio tomam proporções inimagináveis, resultando em uma verdadeira campanha difamatória. Como um exemplo concreto, de um único material, o ofensor pode ser capaz de criar centenas de vídeos difamatórios com informação falsa e manipulada, disponibilizar em uma plataforma de vídeos e instigar seu compartilhamento pelos usuários que o seguem. Esse material é compartilhado progressivamente na internet a ponto de sua total retirada tornar-se tecnicamente impossível. Enquanto o conteúdo falso e difamatório reverbera na internet, a vítima vai sofrendo os danos desse linchamento virtual, na esperança de que o Judiciário compreenda a situação e atue rapidamente. Mas infelizmente, na maioria dos casos, o nosso Judiciário perde para a velocidade da tecnologia...

Há casos em que o trâmite chega a surpreender, com desfecho da situação em alguns meses. Contudo, esse não é o retrato da maioria dos processos judiciais.

POSSÍVEL ENQUADRAMENTO LEGAL PARA AS *FAKE NEWS*

Em muitos casos, as *fake news* podem ser enquadradas em crimes de calúnia, difamação e/ou injúria, os chamados “crimes contra a honra”. Há situações em que também podem ser caracterizados os delitos de ameaça, crimes de racismo e preconceito, preconceito em razão da idade. Além disso, há situações que podem envolver homofobia, misoginia, assédio (moral ou sexual), etc. Muitas vezes as *fake news* não se enquadram em tipos penais já definidos, mas causam repúdio, porque não condizem com a verdade. É curioso e alarmante notar a quantidade de informações falsas que as pessoas compartilham, sem tomar o menor cuidado de questionar a sua veracidade. Percebe-se que “aquilo em que as pessoas escolhem

acreditar importa mais do que a verdade dos fatos. Dessa forma, ao encontrar uma notícia que se adeque às suas convicções pessoais, as pessoas não hesitam em compartilhá-la sem ao menos verificar a procedência dos fatos.”

COMO AS *FAKE NEWS* PODEM ACABAR COM A REPUTAÇÃO DE SUA EMPRESA/ NEGÓCIO? COMO MINIMIZAR OS IMPACTOS NEGATIVOS?

A partir do momento em que alguém compartilha um conteúdo negativo, ofensivo, difamatório e falso contra sua empresa ou marca, dependendo do tipo de material, dada a facilidade de proliferação disso nas redes sociais e conforme o número de seguidores que o indivíduo possui, esse material poderá subir rapidamente no *ranking* de pesquisa dos principais buscadores, a ponto de aparecer no primeiro item de busca, ao invés do site de sua própria empresa. Sim, isso é alarmante! Imagine só um vídeo ou uma publicação falsa, denegrindo a imagem de sua empresa, aparecendo como primeiro link do *Google Search*, ao pesquisar pelo nome de empresa?!

A partir desse momento, será necessário tomar algumas medidas importantes, a fim de conter o dano já causado:

a) **Identificar o tipo de conteúdo negativo publicado e sua origem:** pesquisar sobre o conteúdo na internet, a fim de constatar em quais plataformas o material foi veiculado. Verificar se o material é um vídeo, foto, texto; bem como quem publicou, e onde está hospedado; se o usuário é brasileiro; qual o teor do conteúdo; se há um “alvo” específico nesta publicação (uma pessoa identificada/identificável, a marca como um todo, um produto ou serviço, etc.); extrair os links de todas as publicações negativas efetuadas originalmente.

b) **Verificar se houveram compartilhamentos:** quantas pessoas compartilharam, e em quais canais/plataformas/sites, procurar identificar os perfis que compartilharam.

c) **Entrar em contato com o indivíduo autor da publicação original:** solicitar remoção do conteúdo, amigavelmente.

d) **Se o conteúdo negativo/falso já viralizou nas redes sociais:** publicar uma nota ao público, nas mesmas redes onde o conteúdo circulou e também no site da empresa, explicando que o material é falso. Caso seja necessário, remeter tal nota à imprensa.

e) **Notificação extrajudicial ao autor da publicação:** caso o contato informal com o autor da publicação falsa não tenha surtido efeito, enviar uma notificação extrajudicial solicitando a remoção definitiva do material.

f) **Notificação extrajudicial ao(s) site(s) que hospedam o material negativo/falso:** caso o autor, após receber a notificação extrajudicial, permaneça inerte, convém enviar uma notificação extrajudicial para cada site/plataforma que hospeda o conteúdo viralizado, a fim de que removam definitivamente o material.

g) **Ação judicial contra o autor do conteúdo falso e contra o(s) site(s) que hospedam o material:** se mesmo após o envio de notificações extrajudiciais ao autor do conteúdo falso e ao site/plataforma que o hospeda, o material ainda permanecer online, pode ser necessário ingressar com uma ação judicial específica, contra o autor do material, já identificado, e contra o(s) site(s)/plataforma(s) que o hospedam, solicitando a remoção definitiva do conteúdo. Conforme o caso, poderão ser cabíveis pedidos indenizatórios e ação criminal.

h) **Ações de marketing:** enquanto procura-se remover o conteúdo negativo publicado, recomenda-se que sejam feitas ações de marketing no intuito de reverter a imagem negativa gerada pelas *fake news*, bem como melhorar a colocação da empresa no *ranking* de busca da internet, a fim de minimizar o número de links negativos existentes.

COMO RECONHECER UMA *FAKE NEWS*

Identificar uma notícia falsa nem sempre é fácil, e igualmente difícil é resistir à vontade de compartilhar o conteúdo que você acabou de receber e que condiz com aquilo que acredita. É preciso ter cautela e analisar primeiramente o teor da informação recebida antes de acreditar na matéria ou de compartilhá-la. Podemos citar alguns cuidados a serem tomados, para facilitar a identificação das *fake news*:

- **A manchete é polêmica, curiosa**

Vivemos um paradoxo: na era da informação, parece que a desinformação é muito maior. Geralmente as *fake news* possuem um título chamativo, polêmico, curioso, ou um conteúdo “bom demais para ser verdade”, que justamente visam chamar a atenção do usuário para o clique. Portanto, ao ver uma manchete extremamente atrativa, desconfie.

- **Não há fontes mencionadas**

A grande maioria das notícias falsas não possui sequer menção de um veículo de comunicação ou um link original. Ou quando há menção a algum canal de mídia, é com intuito de, falsamente, dar maior credibilidade ao conteúdo. Verifique a URL do site mencionado, pois há situações em que a matéria falsa de aproveita de erros de digitação para utilizar um domínio de site falso, com aparência de um site verídico. Exemplo: uma *fake news* publicada no site *bbc.co*, quando o correto seria *bbc.com*.

Vale a pena pesquisar pela imagem compartilhada no Google Imagens, a fim de verificar se a mesma é encontrada em outros links fidedignos.

- **A matéria não foi publicada em outros veículos**

Se a notícia recebida consta somente em um meio (exemplo: grupo de WhatsApp, grupo ou *fanpage* no Facebook etc.) não sendo possível encontrá-la em outros veículos confiáveis na internet, provavelmente trata-se de uma *fake news*. Pode ocorrer do conteúdo ter sido encaminhado em primeira mão; mas nesses casos, em questão de tempo, o material irá circular por veículos de mídia na internet, que sendo confiáveis, farão a checagem da veracidade. Portanto, se passadas algumas horas ou dias, a notícia não foi encontrada em outras fontes, desconfie.

- **Utilize sites de checagem de notícias**

Além de pesquisar sobre o conteúdo em questão nos principais buscadores e portais de notícias, você poderá conferir sites específicos de checagem de fatos, tais como: Agência Lupa, Aos Fatos, Truco, Boatos.org, E-farsas, Fato ou *Fake*.

O QUE FAZER AO SE TORNAR ALVO DE UMA *FAKE NEWS*?

Ao se tornar alvo de uma *fake news*, sendo pessoa física ou jurídica, é importante, em um primeiro momento: conter os danos e gerar as provas eletrônicas necessárias. Nesse sentido, é essencial buscar suporte jurídico e técnico, a fim de que sejam tomadas as providências necessárias. O apoio jurídico é essencial, pois

irá avaliar as medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis, que poderão incluir procedimentos específicos para excluir o conteúdo falso publicado, identificar os responsáveis pela criação e disseminação do material, buscar a reparação dos danos e responsabilização dos envolvidos; bem como avaliar quais provas serão necessárias para constatação do ocorrido. O apoio técnico de um perito em forense digital também é importante, pois conforme o caso, poderá ser necessário a extração de provas eletrônicas específicas, cuja integridade será essencial ao deslinde do caso.

Também é importante que a vítima colete os *prints* de telas dos canais através dos quais a *fake news* foi divulgada, com menção das URLs das publicações originais, data e horário; bem como menção dos links dos perfis respectivos que a (re) publicaram. Caso o alvo da *fake news* seja uma empresa ou ente público, é importante que logo após tomadas essas medidas iniciais, este emita uma declaração à imprensa ou aos seus consumidores/clientes, informando sobre a situação e as medidas tomadas. Em grandes corporações, pode haver um Departamento de Risco/*Compliance*, Comitê específico ou funcionário nomeado para gerenciar esta crise. Nessa situação, uma equipe multidisciplinar poderá ser envolvida, cuidando tanto dos aspectos jurídicos na bem como técnicos; quanto de Relações Públicas, a fim de cuidar do caso frente a mídia.

CONCLUSÕES

Os avanços tecnológicos do último século – computadores, internet, algoritmos autônomos, inteligência artificial etc. – aceleraram as transformações sociais, culturais e econômicas em nossa sociedade. Esse cenário de mudanças tão repentinas e constantes revela um desafio ao pensamento moral e ético, ainda mais quando estamos diante das *fake news*, que ora estimulam debates interessantes sobre o que é ou não verdade, ampliando os horizontes das investigações acadêmicas e profissionais, por outro lado, invocam uma quase imensurável fonte de pesadelos. Se observarmos a tecnologia apenas como uma ferramenta para construir alguma coisa, seremos ainda incapazes de percebermos as implicações morais e éticas. Sob essa perspectiva, certamente é necessário aprimorar os cuidados para encontrar um meio de alinhar a conscientização dos usuários a conteúdos qualitativos verdadeiros e segurança jurídica da liberdade de expressão, a inviolabilidade da privacidade, nome e imagem das vítimas e potenciais alvos de notícias falsas, fraudulentas, odiosas ou ainda (des)informação inútil, sem nenhum critério de razoabilidade.

Evolução tecnológica com consciência, segurança jurídica, ética e humanidade são os pilares para uma sociedade pós-moderna e contemporânea à beira da 5ª Revolução Industrial. 



ARQUIVO PESSOAL

GISELE TRUZZI é Advogada especialista em Direito Digital e fundadora de Truzzi Advogados; Articulista de "IstoÉ Dinheiro"; Condecorada com a "Comenda Jurista Tobias Barreto", em maio/2019, pelo IBED – Instituto Brasileiro de Estudos do Direito, pela excelência dos serviços jurídicos prestados, notório saber jurídico e compartilhamento do conhecimento junto à sociedade; Possui certificação em Direitos Autorais pela Harvard Law School; Graduada em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie; Especializada em Direito da Tecnologia da Informação pela FGV-RJ; Pós-graduada em Segurança da Informação pela Faculdade Impacta Tecnologia; Atua na área do Direito Digital desde 2005, nas esferas consultiva e contenciosa, além de ministrar palestras, aulas e treinamentos em todo o Brasil; Professora convidada de diversas instituições de ensino superior no Brasil, tais como: EPD (Escola Paulista de Direito – São Paulo), ESA/OAB (Escola Superior de Advocacia da OAB/SP), UNINASSAU – Maceió/AL; FASP, FIA-USP e IBTA (São Paulo), Universidade São Judas Tadeu (SP), Faculdade Idez (João Pessoa/PA); Autora de diversos artigos sobre Direito Digital; Ministrou diversas palestras em empresas privadas, bem como em órgãos públicos, tais como Estado Maior do Exército, TST (Tribunal Superior do Trabalho), TRT – 10ª Região; EMATRA SP – Escola da Magistratura do Trabalho Regional do Trabalho da 2ª Região, Defensoria Pública do Estado de São Paulo, Ministério Público do Estado do Maranhão, Ministério Público do Estado de Roraima, PRODAM, PRODESP, entre outros.

Indicação do Procurador Geral da República pelo Presidente da República

■ POR IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

“Qualquer restrição ao poder discricionário de nomeação do Procurador Geral, que não aquela do § 1º de ser o Procurador Geral da República um Procurador da União, seria claramente inconstitucional, pois não pode legislação infraconstitucional ou decisões assembleares de categorias de servidores públicos restringir o que a Constituição não restringe.”

Tendo, o Instituto dos Advogados de São Paulo, por seu Presidente, o eminente Professor Titular da Faculdade de Direito da USP, Renato de Mello Jorge Silveira, solicitado minha opinião sobre se a escolha do PGR se limitaria a membros do Ministério Público Federal ou se aplicaria a todos os membros do Ministério Público da União, respondi-lhe como se segue. Reza o art. 128, inciso I, da Constituição que:



“Art. 128. O Ministério Público abrange:

I – o Ministério Público da União, que compreende:

- a) o Ministério Público Federal;
- b) o Ministério Público do Trabalho;
- c) o Ministério Público Militar;
- d) o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios;”

Por outro lado, o § 1º do referido artigo tem o seguinte discurso:

“§ 1º O Ministério Público da União tem por chefe o Procurador-Geral da República, nomeado pelo Presidente da República dentre integrantes da carreira, maiores de trinta e cinco anos, após a aprovação de seu nome pela maioria absoluta dos membros do Senado Federal, para mandato de dois anos, permitida a recondução”.

Como se percebe, nitidamente, o legislador supremo, sem hierarquia de funções, mas apenas esferas de competência, dividiu o Ministério Público da União em quatro áreas, com atuação na

- a) Justiça Federal;
- b) Justiça do Trabalho;
- c) Justiça Militar Federal;
- d) Distrito Federal (o Brasil não tem Territórios).

Há no texto, portanto, esferas de atuação do Ministério Público, mas não níveis de competência com superioridade ou hierarquia de qualquer dos segmentos do Ministério Público da União sobre os outros.

Em outras palavras, há 4 esferas distintas, com competência de atribuições diversas do Ministério Público da União, mas não há hierarquia ou superioridade de qualquer dos segmentos. Todos são igualmente relevantes.

Por outro lado, a própria Emenda Constitucional nº 45/04 que criou o Conselho Nacional do Ministério Público demonstra a inexistência de hierarquia ou níveis nas quatro áreas de atuação de Ministro da União, pois declara que na composição dos 14 membros do CNMP quatro serão membros do Ministério Público da União e não do Ministério Público Federal. Segue o discurso da Carta Magna em seu art. 130-A “caput”, II:

“Art. 130-A. O Conselho Nacional do Ministério Público compõe-se de quatorze membros nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, para um mandato de dois anos, admitida uma recondução, sendo: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

.....

II quatro membros do Ministério Público da União, assegurada a representação de cada uma de suas carreiras; ...”

Em outras palavras, o Ministério Público da União, que compõe as quatro carreiras de procuradores, ostenta quatro esferas autônomas de atuação, mas não quatro escalas de importância, sendo, em relevância de atuação, de idêntico nível, qualquer membro do Ministério Público da União que atue em qualquer uma das áreas mencionadas pelo legislador supremo.

Nem mesmo o número de procuradores poderia representar uma hierarquia superior, nada obstante ostentar o Ministério Público do Trabalho número superior de membros do que das demais áreas de atuação do “Parquet” da União.

Ora, o § 1º do art. 128 não se refere ao Ministério Público Federal, nem ao Ministério Público do Trabalho, nem do Distrito Federal ou Militar, mas exclusivamente ao Ministério Público da União para nomeação de Procurador Geral da República, sendo clara a dicção, que repito, ao dizer:

“§ 1º O Ministério Público da União tem por chefe o Procurador-Geral da República, nomeado pelo Presidente da República dentre integrantes da carreira, maiores de trinta e cinco anos, após a aprovação de seu nome pela maioria absoluta dos membros do Senado Federal, para mandato de dois anos, permitida a recondução” (grifos meus).

Ao determinar que o PGR será nomeado entre os integrantes da carreira sem qualquer distinção, não distinguiu o MPF, mas, ao contrário, abrangeu todos os procuradores dos quatro segmentos.

Ora, como a nomeação do Procurador Geral da República é de livre indicação do Presidente da República, à nitidez, poderá nomear Procurador de qualquer dos segmentos mencionados no “caput” do art. 128.

É evidente que a lista tríplice, tradicionalmente, apresentada pelo Ministério Público Federal é uma sugestão ao Presidente, mas nada impediria que as demais esferas do Ministério Público da União, também, apresentassem uma lista tríplice, pois das quatro áreas de atuação do Ministério Público poderá sair o Procurador Geral da República.

Causa-me, inclusive, surpresa que até o presente nunca tais categorias tenham apresentado sua lista tríplice.

Por outro lado, a lista tríplice é uma mera sugestão, podendo o Presidente da República acatá-la ou não, pois a Constituição Federal não limita os poderes da Presidência da República de apenas nomear quem da lista tríplice constar.

Qualquer restrição ao poder discricionário de nomeação do Procurador Geral, que não aquela do § 1º de ser o Procurador Geral da República um Procurador da União, seria claramente inconstitucional, pois não pode legislação infraconstitucional ou decisões assembleares de categorias de servidores públicos restringir o que a Constituição não restringe.

Pensar de forma diferente é incidir na crítica de Francesco Ferrara, em meados do século passado, que no seu livro sobre a interpretação das leis dizia que o pior intérprete é aquele que coloca na lei o que na lei não está por preferências ideológicas ou doutrinárias ou dela tira o que nela está por idênticas antipatias (Francesco Ferrara, “Interpretação e Aplicação das Leis”, 2. ed., Ed. Coimbra, 1963, p. 129).

Entendo, pois, que poderá o Presidente da República nomear para Procurador Geral qualquer Procurador da União, seja do Ministério Público Federal, do Trabalho, Militar ou do Distrito Federal, pois pela inexistência de Territórios não há, de rigor, aqueles de Territórios. 🇺🇸



O inconstitucional pacote anticrime

■ POR EDUARDO REALE

O governo Bolsonaro começou há pouco mais de cinco meses e, por ora, sua grande aposta para a redução da criminalidade é o chamado “pacote anticrime”, lançado no início de fevereiro pelo ministro da Justiça e da Segurança Pública, Sérgio Moro. Ainda não se sabe quais outras propostas o governo fará em matéria de segurança pública, mas se seguir na linha do projeto, a situação é alarmante.

Sem foco e desacompanhado de dados que tenham subsidiado as alterações propostas em 14 leis penais, o pacote aposta em fórmulas muito bem conhecidas no Brasil para endurecimento das leis penais, mas que não surtem os efeitos esperados na prática.

O ministro propõe, entre outros pontos, acordos judiciais oferecidos pelo órgão acusador, condenação em segunda instância (questão ainda em discussão no STF), início da execução da pena após o julgamento pelo plenário do júri, maior rigor na progressão de pena e na prescrição de crimes e uma espécie de carta branca para policiais matarem em serviço.

O principal efeito do endurecimento, será o impacto direto sobre o sistema penitenciário, o qual já é extremamente precário. A adoção de qualquer medida que possa contribuir para o aprofundamento da crise nas cadeias brasileiras, deveria ser precedida por um estudo, especialmente no que concerne à superlotação dos presídios e a alta parcela de presos provisórios.

Para além do desrespeito aos direitos fundamentais, a superlotação, acarreta substancial aumento de gasto em recursos públicos e afeta negativamente a própria segurança pública. Isso porque, pessoas privadas de liberdade são mais propensas à reincidência do que aquelas a quem foram aplicadas penas restritivas de direitos, tendo em vista que os presídios são vistos como escolas do crime.

Como é sabido, o endurecimento das leis penais não diminui a criminalidade ou mesmo à previne. Não é de hoje que o legislativo aprova medidas mais rígidas contra a violência, as quais, na prática, não serviram para inibir o agente de praticar crimes.

Um exemplo é a Lei dos Crimes Hediondos, em vigor desde 1990, apesar de estabelecer penas mais duras para determinados crimes, tornando-os insuscetíveis de anistia e indulto, além de estabelecer maior rigor para a progressão de regime, não se pode dizer que houve diminuição na prática de latrocínios, homicídios qualificados, sequestros e estupro.

Na mesma linha é o surgimento das Leis de Improbidade Administrativa e a Lei de Drogas (2006) que passou a punir com mais rigor os traficantes, e, principalmente, em 2013, a lei que ampliou o conceito de crime organizado e introduziu a polêmica delação premiada.

Ora, em nenhum dos casos houve redução dos delitos. De acordo com pesquisa realizada pelo Atlas da Violência, a taxa de homicídios aumentou 13% de 2006 a 2016. Quanto aos crimes de improbidade e tráfico, cada vez mais são vistos como prática difundida na sociedade, seja pela corrupção sistêmica que assola o país ou pelo aumento do uso de entorpecentes em todas as classes sociais.

“Não é por outro motivo que, já prevendo as inevitáveis críticas que seu projeto iria sofrer, em razão das manifestas inconstitucionalidades e inconsistências com os próprios fundamentos do Direito Penal, o Ministro apressou-se em divulgar que o mesmo foi elaborado “para alcançar efeitos práticos” e não “para agradar professores de Direito Penal”.”

É evidente que a simples mudança na legislação, ainda que voltada para uma maior repressão, não trará, necessariamente, diminuição na corrupção, no crime organizado e nos crimes praticados com violência à pessoa.

O crime organizado brasileiro é subproduto da crônica falta de investimentos em políticas públicas para prevenir a criminalidade e da ineficiência da polícia judiciária em investigar os delitos e apontar os reais responsáveis.

Nos países mais avançados, com políticas criminais democráticas, o governo tende a adotar ações públicas estruturadas que previnam a criminalidade e não punam apenas a consequência. Tais países, se empenham na criação de medidas alternativas à prisão e na consequente diminuição do número de penitenciárias.

Ora, ninguém deixa de praticar um crime por medo de ser aplicada uma pena alta. O agente que comete o delito já sabe que terá consequência, mas não acredita na eficiência do sistema em descobri-lo e o faz, nos casos das classes sociais mais baixas, por não ter tido outras opções quando mais jovem.

O projeto de lei “anticrime”, neste aspecto, em nada ajuda. Ao contrário, mantém a estrutura inquisitória e punitiva, deixando o país de braços com o atraso, em total desrespeito à Constituição e as garantias fundamentais nela previstas.

Não é por outro motivo que, já prevendo as inevitáveis críticas que seu projeto iria sofrer, em razão das manifestas inconstitucionalidades e inconsistências com os próprios fundamentos do Direito Penal, o Ministro apressou-se em divulgar que o mesmo foi elaborado “para alcançar efeitos práticos” e não “para agradar professores de Direito Penal”.

A afirmação causa extrema preocupação, pois como criar um projeto de lei assumidamente contrário ao que preveem os principais estudiosos nacionais e internacionais da dogmática Penal? E pior, como ter um ministro da justiça e da segurança pública que descredencia tais doutrinadores, os quais dedicaram anos a estudar as melhores formas de aplicação do Direito Penal? Estaria então Sérgio Moro acima da dogmática criminal secular?

Pode-se definir “crime” como a violação da norma. Querer aplicar penas e restringir direitos fundamentais violando os limites impostos pela legislação, é negar o próprio Direito. Sem falar na questão dos custos da implementação das ditas reformas anticrime, já que não existe prisão grátis. O projeto é, assim, um espetáculo da ficção e do Direito Penal simbólico. 





A internação compulsória de dependentes químicos: radical, mas necessária

■ POR SANDRA FRANCO

“Precisamos evoluir e entrar em ação de forma conjunta para oferecer um futuro seguro para as futuras gerações e breçar o crescimento de um problema social grave. Novos rumos, às vezes, exigem medidas mais duras.”

Foi sancionada no último dia 6 de junho a Lei nº 13.840/2019 que permite a internação involuntária de dependentes químicos sem autorização judicial, ou seja, uma internação sem consentimento do interessado. Uma medida agressiva na visão de muitos, mas necessária. Pela nova regulamentação, que já está em vigor, a internação depende de avaliação sobre o tipo de droga consumida pelo dependente e será indicada “na hipótese comprovada da impossibilidade de utilização de outras alternativas terapêuticas previstas na rede de atenção à saúde”. O texto também determina que a família ou o representante legal do paciente poderão solicitar a interrupção do tratamento “a qualquer tempo”. Outro ponto relevante é que tanto a internação involuntária quanto a voluntária devem ser indicadas somente quando “os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes”.

São diversas questões que envolvem este polêmico e delicado tema: políticas públicas de saúde e de segurança, a proteção da sociedade e o direito individual. Pelos distintos enfoques de especialistas em saúde mental, juristas, gestores das redes de saúde já se pode notar a ausência de consenso: uma corrente acredita que a nova lei, ao permitir a internação compulsória, tira a autonomia do dependente químico em relação ao que ele pode fazer da vida dele, inclusive violando o princípio constitucional da dignidade humana e do direito de ir e vir. Isso porque a internação compulsória obrigará o usuário de drogas a um tratamento agressivo, contra a sua vontade. Entretanto, é importante considerar que, em certos estágios, a pessoa viciada em algum tipo de substância química já não está mais ciente dos seus atos e representa um perigo para si mesma e para a sociedade. Assim, se a família ou o Estado decide que a melhor saída é a internação, para que ela possa ser reabilitada, o importante passo deverá servir como oportunidade para a saúde das pessoas que são adictas.

A dependência química é um dos fenômenos de mais difícil resolução da humanidade. Se de um lado existe a droga, do outro estão as possíveis causas: fracasso do sistema de ensino, desestruturação familiar, aumento das desigualdades sociais, ausência de incentivo ao esporte, falta de lazer, mercado de trabalho saturado, sistema de justiça falho, tráfico de drogas intenso, questões existenciais e outros. O tema precisa ser discutido pela perspectiva biopsicossocial, sem dúvida: não há um único caminho a explorar.

A dependência acarreta ou aflora inúmeras consequências negativas ao corpo humano, inclusive as chamadas comorbidades (doenças psiquiátricas associadas), como psicose, paranoia, esquizofrenia, manias, bipolaridade, entre outras. A consequência mais notória é a agressão ao sistema neurológico, provocando problemas cognitivos e, em alguns casos, oscilação de humor. E, quando a situação fática dos mais de dois milhões de usuários apresenta um cenário degradado e insustentável, medidas como a internação involuntária podem ser plenamente adotadas dentro de um Estado de Direito, em que todos são iguais perante a lei, garantidos o direito à vida e à liberdade. A privação da liberdade de ir e vir faz-se essencial para que se vislumbre alguma possibilidade de devolver dignidade a alguns dependentes químicos, inconscientes e vulneráveis, perambulando nas ruas de muitas cidades do país.

Trata-se de um passo importante na saúde pública brasileira. Porém, não adianta criar uma lei que permita a internação compulsória se não existe uma

estrutura preparada no sistema público de saúde para atender a essas pessoas e a seus familiares. Sabe-se que a família do dependente químico adoece junto com ele e também precisa de uma equipe preparada para auxiliar neste momento. Tratar o dependente como um problema de saúde pública, estruturando as redes para o acolhimento do doente, buscando alternativas de tratamentos ambulatoriais e recursos extra-hospitalares. Por se tratar de medida de exceção, mister que Ministério Público, Defensoria Pública e outros órgãos de fiscalização acompanhem as internações e tratamentos, a fim de que abusos sejam evitados. Há um tempo máximo para a internação do dependente e requisitos formais a serem observados, consoante a referida lei.

Vale frisar que, do ponto de vista social, a nova lei é uma grande oportunidade para retirar das ruas algumas pessoas que cometem violência e delitos vinculados ao uso de entorpecentes. Isso pode fortalecer uma nova política de segurança pública, mas sem o uso da violência ou da força policial. Deve ser feito e encarada com uma questão social e de saúde. Por isso a importância da lei englobar as Comunidades Terapêuticas Acolhedoras para a permanência dos usuários de drogas. O texto estabelece que esses locais devem servir de “etapa transitória para a reintegração social e econômica do usuário de drogas”. Entretanto, nessas casas o dependente deverá manifestar o seu desejo de aderir às comunidades e terá que se submeter a uma avaliação médica. Outro ponto importante é que ficou vedado o isolamento físico do usuário nesses locais.

Não há regulamentação para um trabalho em rede com os serviços de saúde e de reinserção socioassistencial, em um sistema de referência e contrarreferência, justamente uma medida imprescindível se considerarmos que muitos dependentes sofrem de comorbidades e nas comunidades não há recursos, como regra geral. As entidades de autoajuda (AA, NA, Pastoral da Sobriedade, Amor Exigente e outros) poderiam ser outro excelente recurso para usuários e familiares, as quais prestam um valioso serviço para o comprometimento para a reorganização da vida dos usuários e respectivas famílias.

A nova lei provoca uma reflexão que não se limita ao usuário, mas também alcança o combate ao tráfico de drogas. Quanto ao sistema de justiça brasileiro, por exemplo, usuários de drogas figuram em milhares de processos cíveis e criminais em todo o país, sem que lhe seja possibilitado um desburocratizado tratamento em rede. Todos os problemas sociais desaguam na justiça, mas o sistema judiciário é pensado para resolver somente o litígio em si, e não sua verdadeira causa. É necessário somar esforços conjuntos para, por exemplo, se evitar que um usuário inicial transforme-se em um dependente.

A saúde e a segurança são direitos garantidos para os cidadãos brasileiros e representam deveres do Estado. A dependência química é algo sério e que deve ser encarado pela sociedade de forma direta para o seu próprio fortalecimento. Precisamos evoluir e entrar em ação de forma conjunta para oferecer um futuro seguro para as futuras gerações e breçar o crescimento de um problema social grave. Novos rumos, às vezes, exigem medidas mais duras. 



ARQUIVO PESSOAL

SANDRA FRANCO é consultora jurídica especializada em Direito Médico e da Saúde, presidente da Academia Brasileira de Direito Médico e da Saúde, ex-presidente da Comissão de Direito da Saúde e Responsabilidade Médico-Hospitalar da OAB de São José dos Campos (SP), membro do Comitê de Ética da UNESP para pesquisa em seres humanos e Doutoranda em Saúde Pública.

Demografia rima com conhecimento?

■ POR JORGE ARBACHE

“Tal como sugere o caso da Coreia do Sul, crescimento modesto não é destino e tampouco mudanças demográficas devem necessariamente ser vistas como obstáculos ao desenvolvimento. Embora não soe bem aos ouvidos, demografia, sim, rima com conhecimento. Afinal, só poderia se dar ao luxo de passar por uma transição demográfica os países que estivessem dispostos a combiná-la com uma agenda do conhecimento.”

Escuta-se com frequência que a América Latina tem uma população jovem e que a região ainda estaria por desfrutar dos benefícios dessa juventude como meio para impulsionar o crescimento econômico. Embora jovem - a idade mediana por aqui é de 29,2 anos contra 41,6 anos nas



regiões economicamente ricas - observa-se uma relativamente rápida mudança no perfil demográfico da população.

Ainda que haja grandes diferenças entre países, há tendências demográficas comuns. Considere os casos das três maiores economias, Argentina, Brasil e México, que, juntas, respondem por cerca de 2/3 da população e do PIB da América Latina. Nelas, a taxa de crescimento populacional desacelera a passos largos, a taxa de fecundidade converge para a de economias ricas e a participação da população idosa na população total aumentará significativamente num período relativamente curto. Mas há uma outra característica comum importante: o bônus demográfico já se encontra em fase avançada.

Então, os benefícios do bônus demográfico já deveriam estar refletidos na dinâmica da renda per capita. Mas isso não teria acontecido. A taxa de crescimento anual do PIB per capita dos três países foi de cerca de 1% nos últimos 40 anos e esse padrão pouco se alterou nos últimos 10 anos.

Com a queda da população infantil e jovem será possível concentrar a atenção na melhoria da educação

O problema é que, com o avançar da transição demográfica, aumentam os desafios do crescimento econômico da América Latina por duas razões. A primeira é que a expansão da força de trabalho, que foi o principal componente do crescimento nas últimas décadas, deverá diminuir e, eventualmente, estagnar. A segunda é que o aumento das despesas com aposentadorias, pensões, saúde e assistência social decorrentes do envelhecimento populacional requer novas fontes de financiamento, o que poderá levar a pressões nas contas fiscais, na taxa de poupança, nos investimentos públicos e na taxa de juros.

Há, ainda, que se ter em conta novos desafios ao crescimento como, dentre outros, a globalização e as mudanças tecnológicas e nos modelos de negócios, que fazem com que custo de mão de obra baixo esteja perdendo relevância como fator de atração de investimentos e de participação em cadeias internacionais de valor.



O que fazer? Será preciso fomentar, cada país a seu ritmo, a transição do atual modelo de crescimento baseado na incorporação de mais gente ao mercado de trabalho para um modelo em que conhecimento, produtividade e competitividade ganhem relevância como motores do crescimento. Trata-se, certamente, de uma jornada longa e trabalhosa, mas recompensadora.

Ao menos cinco conjuntos de políticas poderiam ser considerados. O primeiro é promover o aumento da produtividade do trabalho. Afinal, como não se poderá contar com mais gente para se produzir mais, o caminho é fazer mais com o mesmo. As oportunidades de ganhos de produtividade são muito grandes e estão associadas à figura do copo meio vazio, o que permite ganhos substanciais em prazos relativamente curtos. Com a queda da população infantil e jovem decorrente da transformação demográfica, será possível concentrar a atenção na melhoria da qualidade da educação, o que terá grandes repercussões.

Outra medida é criar programas de educação profissional continuada e distribuída ao longo do ciclo de vida produtivo, possibilitando não apenas que os trabalhadores maduros possam seguir produtivos, mas, também, ser capazes de se adaptarem às mudanças tecnológicas. Políticas voltadas para a formalização e melhoria das capacidades laborais nas micro, pequenas e médias empresas, que é onde se encontra a maior parte dos trabalhadores e nas quais a produtividade é especialmente baixa, é outro caminho promissor.

Um segundo conjunto é promover o aumento da competitividade. Afinal, fazer mais com o mesmo, mas do mesmo, já não será suficiente para as necessidades de aumento de renda decorrentes da elevação da taxa de dependência de idosos. Ou seja, será preciso desenvolver capacidades e condições para que os jovens produzam bens e serviços de mais alto valor adicionado e de classe mundial. Esse desafio passa por mais investimentos em ciências, tecnologia e inovação. A esses esforços de conhecimento deverão se somar políticas setoriais e de comércio internacional, reformas regulatórias, políticas de investimento em infraestrutura e políticas de atração de investimentos estrangeiros.

Um terceiro conjunto é o de políticas ativas de emprego que otimizem a produção, a geração e a distribuição de renda pelas vias do mercado de trabalho. Um quarto conjunto é a atração de imigrantes e de nacionais que vivem no exterior que possam contribuir para acelerar o conhecimento, as capacidades laborais e a agregação de valor. Por fim, essas políticas deverão ser acompanhadas por reformas nas legislações previdenciárias e de pensões compatíveis com o aumento da expectativa de vida e com as necessidades e condições econômicas dos países.

Tal como sugere o caso da Coreia do Sul, crescimento modesto não é destino e tampouco mudanças demográficas devem necessariamente ser vistas como obstáculos ao desenvolvimento. Embora não soe bem aos ouvidos, demografia, sim, rima com conhecimento. Afinal, só poderia se dar ao luxo de passar por uma transição demográfica os países que estivessem dispostos a combiná-la com uma agenda do conhecimento. **C**



ARQUIVO PESSOAL

JORGE ARBACHE é Vice-Presidente de Setor Privado do Banco de Desenvolvimento da América Latina – CAF e professor associado de economia da UNB (licenciado).

Homofobia – racismo: tentando uma definição típica e uma projeção da amplitude consequencial da decisão do STF

■ POR EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE

“A decisão do STF faz com que a condição da homotransfobia como crime de racismo se torne material ou constitutiva. Dessa maneira, mesmo que seja promulgada uma lei especial, essa lei deverá ser considerada como uma segunda Lei de Racismo vigente no ordenamento brasileiro. Isso porque a Corte Suprema já estabeleceu de forma cabal que a homotransfobia é uma espécie do gênero “racismo social”. Isso em nada se altera com o fato de que o STF determinou a aplicação meramente provisória da Lei de Racismo, apenas até que o legislativo cumpra sua missão de criminalização.”



Por meio da ADO 26, o STF passou a afirmar que as condutas homofóbicas e transfóbicas, na omissão do Poder Legislativo em regular a matéria, deveriam passar a serem tratadas como “Crimes de Racismo”, nos termos da Lei nº 7.716/89.

A respeito da patente violação ao Princípio da Legalidade e à proibição de analogia “in mallam partem” no Direito Penal, bem como da infração à Tripartição dos Poderes, já se tratou em trabalho antecedente, o qual fica indicado ao leitor.¹

A questão objeto deste texto se refere a uma inquirição sobre qual ou quais seriam as condutas efetivamente classificáveis como homofóbicas e, portanto, consideradas como “Crimes de Racismo”, nos moldes do “decisum” do STF supra mencionado. Por isso, deixa-se de lado a questão da legitimidade ou não do STF para essa criminalização ou, para quem o prefira, para essa interpretação legal. Fato é que o STF já tomou sua decisão e esta terá repercussões importantes no dia a dia jurídico, seja para a Polícia, para o Ministério Público, o Judiciário ou a Advocacia.

Em uma primeira abordagem será feita uma tentativa de identificar as condutas que seriam homofóbicas – racistas, de acordo com a decisão do STF, com vistas ao cumprimento do Princípio da Legalidade Estrita. Em seguida, analisar-se-á o alcance dessa ampliação do termo “racismo”, englobando a questão da homossexualidade e da transsexualidade com relação a outras figuras penais previstas, seja no Código Penal, seja na legislação esparsa, quando também há referência à questão racial.

Finalizando, serão revistos os principais pontos discutidos e apresentadas as conclusões respectivas.

HOMOFOBIA – RACISMO: O QUE É ISSO?

Quando o STF, qualquer tribunal ou mesmo o legislador fazem menção a uma determinada palavra e a erigem em conduta criminosa, não basta sua transcrição ou verbalização, sem que haja uma devida definição semântica segura acerca do que consista efetivamente a prática considerada delitiva.

Os termos “homofobia” e “transfobia” são neologismos equívocos e não palavras que tenham um sentido unívoco e seguro, capazes de, por si mesmas, delinearem uma ou algumas condutas que seriam seguramente consideradas como criminosas.

A pesquisa no dicionário apresenta a “homofobia” como sendo a “rejeição ou aversão a homossexual e à homossexualidade”.² Por seu turno, semelhantemente, a “transfobia” é definida como a “repulsa ou preconceito contra o transexualismo, os transexuais ou as pessoas transgênero”.³

Ora, essas definições vernaculares em absolutamente nada são úteis na seara penal. Em primeiro lugar porque, obviamente, dicionários não são leis penais e nem repositórios de descrições de condutas típicas. Além disso, a consulta aos dicionários somente nos comprova cabalmente que as palavras “homofobia” e “transfobia” são realmente conceitualmente abertas, indefinidas e equívocas. Na verdade, transmitem muito mais o significado de um sentimento, uma forma de pensar, uma atitude moral interna, do que efetivas condutas eventualmente perpetradas com base nesse sentimento abjeto.

Assim sendo, há que lembrar que no chamado “iter criminis” a fase da cogitação (“cogitatio”) não é punível sequer na forma de tentativa. Isso se dá porque as pessoas, no Direito Penal moderno, não são punidas por aquilo que pensam ou por aquilo que são, mas apenas pela exteriorização de condutas comissivas ou omissivas

que venham a lesionar ou colocar em risco bens jurídicos. Eis a enorme diferença entre a possibilidade de existência de uma pessoa jurídica e de uma pessoa física. A primeira somente é legítima se constituída para fins lícitos (art. 5º, XVII, CF). A segunda pode ser dotada de qualquer personalidade, por mais repugnante que seja (nazista, comunista, assassina, desonesta, pedófila etc.) e isso não a impede não somente de existir, mas de conviver socialmente sem sofrer punições de qualquer espécie, salvo se, devido a essa personalidade, venha a externar condutas efetivas que lesionem ou periclitem bens jurídicos de terceiros (art. 1º, III c/c art. 5º, II, CF). Em suma, em termos jurídico – penais, a pessoa pode ser preconceituosa, desde que não trate ninguém dessa forma; a pessoa pode ter uma má índole, desde que não prejudique outrem com seus atos e omissões. Vige hodiernamente o chamado “Direito Penal do Fato” e não o ultrapassado “Direito Penal do Autor”. As pessoas são punidas por aquilo que fazem e não por aquilo que são em seu íntimo. Portanto, inviável o sancionamento penal de alguém simplesmente porque, em seu íntimo, “é” uma pessoa homofóbica ou transfóbica. Ou mesmo porque “é” racista. O Direito Penal somente passa a atuar contra o indivíduo, reprimindo-o, no momento em que ele atua, não sobre o que ele pensa ou sente simplesmente. Isso pode ser tarefa para a moral ou para a religião, mas não para o Direito Penal. Nada mais notório do que o fato de que uma pessoa cultivar em seu íntimo preconceitos de qualquer espécie, inclusive contra homossexuais ou transexuais, é algo extremamente reprovável sob o ponto de vista moral, humano e, para aqueles que aderem a uma fé, religioso. É algo vergonhoso e digno de repulsa, mas não pode ser atingido pelo Direito Penal, assim como o fato de um indivíduo odiar uma determinada pessoa e ter muita vontade de matá-la, pode ser pecado ou imoral, mas não é abrangido pelo crime de homicídio ou mesmo sequer de tentativa de homicídio.

Zaffaroni e Batista são incisivos sobre a inadmissibilidade de um “Direito Penal de Autor” na atual quadra histórica:

“O direito penal de ato representa o esforço do estado de direito para reduzir e limitar o poder punitivo de autor. O direito penal de autor renuncia a esse esforço e sua expressão mais grosseira reside no tipo do autor, ou seja, na pretensão de que o tipo legal apreenda e demarque personalidades e não atos, proíba ser de determinada maneira e não fazer certas ações conflitivas. Portanto, a racionalização dos tipos de autor é o sinal mais crasso de desorientação metodológica do direito penal, que inverte sua função e põe-se a serviço do estado policial. Fala-se de direito penal de autor, mas em verdade quando uma teorização chega ao ponto de pretender legitimar tipos de autor já não merece o nome de direito” (grifos no original).⁴

Aliás, é bom lembrar que as práticas homossexuais já foram criminalizadas com penas que variavam entre multa, prisão e até a pena capital. Não somente já foram, como ainda são criminalizadas em vários países na atualidade.⁵ Claro que não é o caso do Brasil, mas já o foi. Pierangeli esclarece que a “pederastia” (no sentido de relações homossexuais masculinas) era apenas com a morte nas chamadas “Ordenações do Reino” que tiveram vigência em nossas terras na época colonial.⁶ E foi exatamente uma das grandes fundamentações para a descriminalização dessa conduta, a evolução dogmática de um chamado “Direito Penal de Autor” para um “Direito Penal do Fato”, com a concomitante exigência da lesão ou perigo de lesão a algum bem jurídico para que se legitimasse a aplicação de qualquer pena a alguém (Princípio da Lesividade ou do Direito Penal do Dano).

Seria, portanto, no mínimo contraditório e inusitado que a repressão à chamada homofobia se desse com fulcro num “Direito Penal do Autor”.

Estabelecidas essas exigências primárias a legitimar qualquer espécie de criminalização num sistema penal minimamente civilizado, não resta dúvida quanto ao fato de que a simples menção às palavras equívocas da “homofobia” ou da “transfobia” é inservível para descrição de condutas criminais, passíveis de qualquer sanção penal.

Como bem aduz Ferrajoli, para além da legalidade penal, exige-se uma chamada “legalidade estrita”, consistente não somente na previsão legal escrita da conduta incriminada, mas na necessidade de que tal conduta seja descrita no tipo penal de uma forma semanticamente segura e incontestável:

“Apenas se as definições legislativas das hipóteses de desvio vierem dotadas de referências empíricas e fáticas precisas é que estarão na realidade em condições de determinar seu campo de aplicação, de forma tendencialmente exclusiva e exaustiva. De agora em diante denominarei a reserva legal de ‘princípio de *mera* legalidade’, que, como queira que se formule, é uma norma dirigida aos juízes, aos quais prescreve a aplicação das leis tais como são formuladas; e usarei a expressão ‘princípio de *estrita* legalidade’ para designar a reserva absoluta de lei, que é uma norma dirigida ao legislador, a quem prescreve a taxatividade e a precisão empírica das formulações legais” (grifos no original).⁷

Indiscutível é o fato de que o STF, em momento algum, descreveu as condutas homofóbicas ou transfóbicas que constituiriam crime. Trata-se de uma decisão do judiciário, mas o que o STF fez foi utilizar uma técnica legislativa da seara criminal à qual se costuma chamar de “crime remetido”. Conforme lição de Greco:

“Diz-se remetido o crime quando o tipo penal remete o intérprete a outra figura típica, para que ele possa ser entendido e aplicado”.⁸

O autor em destaque apresenta o exemplo do “uso de documento falso” (art. 304, CP, o qual é descrito como “fazer uso de qualquer dos papéis falsificados ou alterados, a que se referem os arts. 297 a 302”). Ou seja, o intérprete, para saber o que constitui uma conduta de “uso de documento falso”, terá que verificar quais são esses papéis falsificados que estão descritos nos arts. 297 a 302, CP. Ademais, a própria pena é remetida nesse tipo penal, pois que o preceito secundário estabelece que a sanção será “a cominada à falsificação ou à adulteração”, não havendo previsão ali mesmo de penas mínima e máxima.⁹

Outros exemplos são encontráveis na legislação brasileira. O art. 8º da Lei nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos) prevê um crime de “associação criminosa” especial para os casos de união de esforços para a prática de crimes hediondos. Mas a conduta não é ali descrita, somente a pena. A conduta é remetida ao art. 288, CP. Nos crimes de Genocídio, nos termos da Lei nº 2.889/56, há descrição das condutas genocidas, mas não há previsão de sanção penal, sendo esta feita de modo a remeter o aplicador do Direito a penalidades previstas no Código Penal, tais como as cominadas ao homicídio qualificado, às lesões graves etc.

O que o STF fez foi usar dessa técnica “mutatis mutandis”, remetendo o intérprete aos crimes de racismo previstos na Lei 7.716/89. De acordo com a decisão foi deliberado:

“(…) enquadrar homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional” (ADO 26).

Ou seja, o STF criminaliza a homofobia e a transfobia, mas não redige um tipo penal de conduta. Remete o intérprete e aplicador do Direito, inicial e provisoriamente à Lei de Racismo e futuramente a uma lei a ser editada pelo Congresso Nacional.

A redação da decisão do STF é sofrível, pois sua leitura pode levar a crer que houve uma ampliação das condutas consideradas como racismo para além do fato da inclusão da homofobia e da transfobia. Isso porque, ao se referir a esses casos, aduz ser racismo a homofobia e a transfobia “qualquer que seja a forma de sua manifestação”. Ora, levada ao pé da letra, essa redação do “decisum” faria com que qualquer conduta que se pudesse, ao bel prazer de um Delegado de Polícia, de um Promotor ou de um Juiz, ser considerada como homofobia ou transfobia, essas palavras equívocas, fosse considerada como crime de racismo, independentemente de sua previsão expressa ou não no corpo da Lei nº 7.716/89. Não obstante, a leitura do texto integral, devidamente contextualizado, demonstra que haverá necessidade de subsunção a algum dos diversos tipos penais previstos na Lei nº 7.716/89, sob pena de atipicidade absoluta ou relativa.

A justificativa para essa remessa do intérprete e aplicador do Direito à Lei de Racismo nos casos de homofobia e transfobia é apontada por relação com um precedente do próprio STF, no bojo do qual se lapidou o correto conceito de “racismo social”, ao tratar da discriminação dos Judeus no conhecido “Caso Ellwanger” (STF, Plenário, HC nº 82.424/RS). Realmente não cabe restringir-se ao geneticamente superado conceito de “raças humanas” na atualidade para, por exemplo, pretender descartar os Judeus dessa espécie de violação.

Neste ponto é preciso expor uma visão crítica de certo malabarismo jurídico que tem sido feito com a justa decisão tomada no “Caso Ellwanger” e sua indevida transposição para outras situações diversas.

A argumentação pode realmente ser usada no que se refere à ampliação do conceito de “raça”, o que, aliás, é biológica e geneticamente comprovado inexistir no que se refere a seres humanos. Watson e Berry explicam que geneticamente todos os seres humanos são praticamente idênticos, com uma “variação mínima pelo padrão de outras espécies”. E mais, “a diferença entre os seres humanos é mínima; e a diferença que ela faz é ainda menor”.¹⁰ Acontece que a condição de Judeu se enquadra perfeitamente nos casos que a lei já prevê e não a condição de homossexual ou transexual. São situações muito diferentes. A perseguição aos judeus, como “raça” é milenar, ainda que baseada num conceito genética e biologicamente equivocado, tanto é fato que é uma das inspirações da nossa legislação contra o Genocídio e de legislações similares mundo afora, onde também não consta absolutamente nada a respeito de condutas homofóbicas supostamente genocidas. Quanto à orientação sexual das pessoas, isso nunca foi considerado como “raça”, ainda que equivocadamente. Na verdade, os próprios movimentos de defesa dos homossexuais, transexuais etc., tendem a negar origem genética dessa característica, embora a questão não seja pacífica. No “case” trazido à baila se combateu a alegação defensiva de que “Judeu” não é raça. Não é mesmo, assim como não há raça branca, negra etc. Não existem “raças humanas”, o conceito é

totalmente ultrapassado pela genética e pela biologia. Entretanto, a condição de judeu se enquadra perfeitamente nos demais casos da lei e sempre foi um caso de racismo internacional e historicamente reconhecido. A questão da homofobia é uma construção puramente jurisprudencial, sem base legal e nem mesmo histórica ou tradicional. Sabe-se que na Alemanha Nazista também os homossexuais foram perseguidos, mortos e presos em campos de concentração. Entretanto, a motivação, ainda que por uma noção falsa de “raça”, não se devia a isso. Estava ligada ao fato de que a homossexualidade seria incompatível com o Nacional Socialismo, tendo em vista prejudicar a reprodução humana e, com isso, a perpetuação da suposta “raça superior”. Note-se que também a masturbação era condenada como perniciososa pelos mesmos motivos. Impensável, por obviedade, que se considerasse masturbadores como perseguidos raciais. Setterington esclarece que com relação às mulheres, os nazistas as viam “como produtoras de filhos”. Houve, portanto, perseguição às lésbicas, mas em menor intensidade e amplitude do que em comparação com os homossexuais masculinos. O número de lésbicas em campos de concentração foi consideravelmente menor, muito embora fossem “rotuladas como membros antissociais da sociedade”, não em termos raciais, mas pelo fato de prejudicarem a reprodução da raça ariana.¹¹ Já quanto aos homens homossexuais, para o Partido Nazista, “representavam uma ameaça ao desenvolvimento da nova raça superior”. A questão não eram as características físicas ou genéticas (embora se temesse que o homossexualismo pudesse ser geneticamente transmitido). Muitos homossexuais masculinos tinham todas as qualidades exigidas para o perfeito ariano. O problema, novamente, era que homens homossexuais “preferiam fazer sexo com outros homens”, de modo que “era claro que não estariam reproduzindo”.¹² Como se vê, tradicional e historicamente, a perseguição aos Judeus é marcada pela motivação racial (ainda que sempre equivocada). No que tange aos homossexuais, o problema nunca foi “racial” (mesmo sob uma noção falsa), mas sim referente à ideia de não prejudicar a reprodução humana ariana.

E não foram somente os nazistas que perseguiram os homossexuais. Silva aponta dados sobre essa mesma perseguição, inclusive numericamente maior, por parte dos regimes comunistas:

“De todas as formas e cores que o amor poderia se manifestar, apenas uma seria aceita pelo regime vermelho. Gays se tornariam inimigos e seriam golpeados em campos de concentração na China, União Soviética, Albânia, Sibéria, Cazaquistão, Bulgária e Hungria. Na Romênia, a orientação oficial de Ceausescu para a *Securitate* era a de, em caso de homossexuais flagrados fazendo sexo, o devido espancamento e execução no local como exemplo público. Quase todos os Estados comunistas baniram associações políticas e comunitárias de gays e lésbicas, impedindo a publicação de material LGBT. Gays e lésbicas foram constantemente denunciados, perseguidos, demitidos, presos, humilhados, censurados, deportados, castrados e executados em quase todos os países em que a esquerda promoveu seus regimes totalitários ao longo do último século.

Por onde o socialismo passava, o discurso de que a homossexualidade era uma prática burguesa se repetia. Lênin foi taxativo para a jornalista alemã, Clara Zetkin:

‘Parece-me que esta superabundância de teorias sobre sexo brota do desejo de justificar a própria vida sexual anormal ou excessiva do indivíduo ante a moralidade burguesa e reivindicar tolerância para consigo. Não importa quão rebeldes ou revolucionárias aparen-

tam ser; essas teorias, em última análise, são completamente burguesas. Não há lugar para elas no partido, na consciência de classe e na luta proletária”.¹³

Mais uma vez fica evidente que a motivação da perseguição nunca foi de natureza racial (ainda que sob um conceito errôneo de raça). No caso do comunismo ou do socialismo, a questão era eminentemente de condenação de uma conduta em relação a seu viés político, considerado inadequado para a ideologia que apregoava uma “consciência de classe” e a revolução “proletária” contra a burguesia opressora, à qual se considerava que os homossexuais pretendiam conquistar ou obter perante ela a legitimação de seu “modus vivendi”. É até irônico perceber que um partido nominalmente “socialista” (PPS) foi exatamente aquele que ingressou com a ADO 26 para a punição da homofobia e da transfobia. Será que houve uma evolução de pensamento? Não nos parece. A verdade é que os marginalizados em geral, chamados de “lumpemproletariado”, após o fracasso da ideia de que o proletariado internacional faria a revolução socialista, foi descoberto como a verdadeira “ponta de lança” “radicalmente revolucionária”.¹⁴ Marcuse percebe que as classes populares tendem ao conservadorismo e a grande força revolucionária se encontraria nos que ele designa como “párias”, “estranhos” e “perseguidos”.¹⁵ No entanto, já Mao via também no lumpemproletariado uma força revolucionária. Sua posição, porém, é a de “conduzir” adequadamente essa massa.¹⁶ E o que se vê depois é a simples eliminação ou opressão desses grupos que somente servem como ponta de lança para tais regimes.

O uso similarmente pervertido do “Caso Ellwanger” também ocorreu na decisão do STJ em que se considerou a chamada “Injúria – Preconceito” como “Crime de Racismo”.¹⁷ Foi feita alusão ao citado “case”, mas este se referia à conduta de apregoar a inexistência do holocausto e ainda defender a ideia de que este deveria ter ocorrido e de forma a eliminar o povo Judeu, lamentando o fato de não ter ocorrido! Isso nada tem a ver com a “Injúria – Preconceito”, prevista no art. 140, § 3º, CP, a qual consiste em mera ofensa verbal, utilizando-se elementos da raça, cor, etnia etc. Não que isso seja algo aceitável (é mesmo desprezível e nojento), tanto que é crime e qualificado, mas pretender fazer uma correlação com o “Caso Ellwanger” foi também inadequado. Não obstante, o STF em Recurso Extraordinário que lhe foi dirigido a respeito de tal decisão, furtou-se de se posicionar, alegando se tratar de interpretação de lei federal, inexistindo questão constitucional a ser discutida.¹⁸

Porém, o STF utiliza ainda mais um argumento: aquele de que a homofobia e a transfobia “ajustam-se ao conceito de atos de discriminação e de ofensa a direitos e liberdades fundamentais daqueles que compõem o grupo vulnerável em questão” (ADO 26). Quanto a isso, não parece restar dúvida de que o preconceito se converte quase que invariavelmente em discriminação negativa, prejudicando de várias formas esses e outros grupos vitimizados. Nesse passo, deixando novamente de lado a questão já discutida em outro texto a respeito da violação do Princípio da Legalidade e proibição de analogia “in mallam partem”, bem como da Tripartição dos Poderes,¹⁹ e tendo como norte a posição de juristas como, por exemplo, Luiz Flávio Gomes, no sentido de que o STF teria feito uma espécie de “atualização”, uma “interpretação progressiva” do termo “racismo”, muito especialmente em sua versão de “racismo social”, antes desenvolvida no “Caso Ellwanger” e agora passível de uma ampliação, seria possível compreender melhor o fundamento da decisão do STF para essa introdução da homofobia e da transfobia na Lei de Racismo.²⁰

De parte as críticas formais e materiais cabíveis contra essa decisão do STF, é preciso estabelecer um critério que ao menos assegure a legalidade na sua aplicação no dia a dia policial e forense.

Esse critério é o seguinte: não se poderá imputar homofobia ou transfobia a ninguém com base em quaisquer critérios subjetivos, sejam eles provindos da sedizente vítima e seus procuradores ou mesmo das autoridades constituídas. A tipificação terá de ser totalmente objetiva, nos termos da letra da Lei nº 7.716/89. A única interpretação e aplicação possível é aquela que entende que o STF apenas inseriu o preconceito por orientação sexual ou identidade de gênero dentre aqueles que podem configurar o racismo, mas de acordo somente com os crimes expressamente previstos na lei de regência. Não é viável uma abertura incontida, baseada na maior ou menor suscetibilidade de quem quer que seja.

Nesse ponto é também interessante chamar a atenção para outra impropriedade gritante da decisão do STF. Ali consta corretamente, ao menos nos estritos termos da “*ratiodecidenti*” em testilha, que a punição a título de “Crime de Racismo” se dará “mediante adequação típica aos preceitos primários de incriminação definidos pela Lei nº 7.716, de 08/01/1989”. Isso nada mais é do que a aplicação, com os devidos ajustes, da técnica do “crime remetido”, conforme acima mencionado. O STF, em sua decisão, é expresso em estabelecer que a homofobia e a transfobia, para configurarem crime de racismo, terão de ser condutas ou práticas subsumíveis aos tipos penais previstos na Lei nº 7.716/89. Como visto, não há espaço para algum “Direito Penal do Autor”, nem para o aceite de um “tipo penal aberto” criado por via jurisprudencial. Contudo, no mesmo parágrafo, a decisão do STF se refere a “condutas homofóbicas ou transfóbicas, *reais ou supostas*” (grifo nosso). Não é possível compreender o que pretendeu o órgão julgador transmitir com a referência à incriminação de condutas “*supostas*”! Obviamente, há nesse ponto um erro crasso na redação do “*decisum*”. Ninguém pode ser punido por algum “*crime suposto*”, senão por condutas criminosas reais. A única salvação para essa redação esdrúxula é considerar que o STF está se referindo a condutas imputadas inicialmente a alguém e ainda acobertadas pela Presunção de Inocência quando se refere a condutas “supostas” e que estaria tratando de pessoas já condenadas com trânsito em julgado quando fala em condutas “reais”. De outro modo, pretender incriminar alguém por conduta homofóbica “suposta” seria uma afronta incomensurável exatamente ao Princípio da Presunção de Inocência. É preciso ter muito cuidado para que em sua argumentação e retórica que se sustenta numa inconstitucionalidade por insuficiência protetiva, não parta o STF para uma inconstitucionalidade por excesso com hipóteses de incriminação absurdamente autoritárias. Outra possibilidade é que na redação da decisão o STF tenha se equivocado ao simplesmente reproduzir (mal) o texto da Petição Inicial da ADO 26, onde se fala em atitudes criminosas “motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero (real ou suposta) da vítima”. Ou seja, não a conduta homofóbica seria “real ou *suposta*”, mas sim a motivação da conduta do infrator poderia estar ligada à orientação sexual ou identidade de gênero da vítima, seja isso real ou suposto, diga-se, derivado de um erro de avaliação do agente, o que realmente pouco importa, porque a motivação torpe do preconceito é de natureza subjetiva. A Petição Inicial se refere a casos em que, por exemplo, um gay é agredido ou morto (real) ou em que uma pessoa que, na verdade, não é gay, mas é assim identificado por engano é morta. Ora, realmente nessas circunstâncias a identidade real ou suposta da vítima é irrelevante, sendo o que importa a motivação

subjetiva torpe do agente. Tende-se a entender que o STF fez uma confusão na sua redação ao tentar reproduzir o texto correto da Petição Inicial.

Tendo, portanto, como baliza a Lei nº 7.716/89 é possível minimizar a insegurança jurídica causada pela decisão do STF. Doravante, até a promulgação de uma lei específica, funcionará como se houvesse sido incluído no art. 1º, da Lei de Racismo a discriminação ou preconceito por orientação sexual ou por questões de transgeneridade. E mais, quando se verificam as odiosas discriminações negativas previstas nos arts. 3º a 14 da Lei nº 7.716/89, é de se crer que ninguém, em sã consciência e com um mínimo de sentimento humanitário, seria capaz de pretender justificar ou legitimar essas condutas, seja por problemas raciais, de cor, etnia, religião ou procedência nacional, como menciona a lei, seja devido ao homossexualismo ou transexualismo da pessoa. Portanto, colocando de lado as violações constitucionais no procedimento do STF, não se pode ver qualquer oposição à punição rigorosa para tais condutas, sejam elas realizadas por que espécie de preconceito for. Imagine-se, por exemplo, negar cargo público para uma pessoa devidamente habilitada por concurso de provas e títulos por puro preconceito, porque, v.g., se trata de homossexual. Ou então negar emprego em empresa privada ou matrícula em escola, ingresso em recinto, hospedagem etc. pelos mesmos motivos torpes. Ficam a descoberto, porém, outras discriminações negativas como casos de candidatos eliminados de concursos públicos devido à obesidade, sendo que o cargo a ser exercido não teria nenhuma relação com essa condição pessoal. Tais casos e outros muitos similares têm sido solvidos nas esferas civil e trabalhista.²¹

O maior problema na aplicação da Lei nº 7.716/89, mas que também poderia ocorrer em eventual legislação aprovada pelo Congresso Nacional, a depender de sua redação, encontra-se no crime previsto no art. 20 da Lei de Racismo. Ali é incriminada, de forma genérica, a apologia ao racismo, que atualmente abrangeria, segundo a decisão sob comento, a apologia à homofobia ou à transfobia. Entretanto, o perigo de uma aplicação banalizada do art. 20 da Lei nº 7.716/89 sempre existiu, apenas não havia a questão da homofobia e da transfobia. Mas, poderia haver uma aplicação abusiva do dispositivo por preconceito de cor ou outras circunstâncias já existentes na lei desde 1989.

O art. 20 da Lei de Racismo, se aplicado a ferro e fogo, seja com relação à homofobia e transfobia, seja com relação aos demais casos, pode tornar-se altamente draconiano e absolutamente inibidor das relações sociais e da liberdade de expressão. Uma piada, ainda que de mau gosto; uma crítica científica ou social a uma teoria ou ideologia ou mesmo ofensas verbais indefensáveis, não podem ser consideradas como apologia ao racismo, sob qualquer de suas espécies. Há que atuar “cum grano salis”, sob o risco de transformar o país num Estado Policial orientado pelo “politicamente correto”. Essa patrulha aferrada a microvitimizações não é nem pode ser considerada hábil à configuração de um delito tão grave como um crime de racismo. Há que compreender o art. 20 da Lei nº 7.716/89 em conjunto com as demais figuras criminais ali expostas, numa autêntica e legítima “interpretação analógica”. A apologia ao racismo deve ser reconhecida quando alguém apregoar as práticas incriminadas nos arts. 3º a 14 da lei de regência ou em casos graves em que se defenda ou insufle a agressão física, o banimento ou até mesmo a morte de pessoas devido a preconceitos, inclusive, agora, aqueles referentes à homofobia e transfobia. Ademais, como destacam Amaury Silva e Artur Carlos Silva em obra monográfica, arrolando ainda farta jurisprudência:

“O direcionamento individualizado a determinada pessoa afasta a formatação do crime de racismo, pois para o crime racial é necessário que a aversão, a ojeriza ou o preconceito se dê em torno de um grupo ou coletividade.”²²

Percebe-se claramente que a aplicação do art. 20 da Lei de Racismo deve se dar com um afinado senso de proporção, restringindo-se a casos gravíssimos de apologia odiosa.

Com o devido cuidado, mesmo o art. 20 da Lei nº 7.716/89 pode ser devidamente aplicado sem excessos ou abusos. A “interpretação analógica” sobredita também é conhecida como “interpretação *intralegem*”, pois com ela se retira o sentido da norma por meio dos próprios elementos nela existentes. Não há espaço para a analogia maléfica ou para a abertura exacerbada do tipo penal. Segundo Masson, a “interpretação analógica” ocorre quando a norma possui “uma fórmula casuística seguida de uma fórmula genérica”.²³ É exatamente isso que ocorre na Lei nº 7.716/89, a qual elenca várias condutas racistas, discriminatórias ou preconceituosas e termina com o art. 20, criminalizando uma apologia genérica dessas condutas ou de condutas de similar gravidade, como a instigação à agressão, banimento ou mesmo à eliminação física. Uma ofensa verbal, por exemplo, constituirá tão somente Injúria Qualificada pelo Preconceito, nos termos do art. 140, § 3º, CP.²⁴ Lembremos, porém, da decisão tresloucada do STJ que considera essa espécie de crime contra a honra, na verdade, equiparado a crime de racismo. De qualquer forma, será um caso de injúria e não de apologia ao racismo. Se a injúria – preconceito também é ou não um crime de racismo, trata-se de outra discussão.

Não se poderia deixar de citar o entendimento mais radical de Nucci para quem o art. 20 da Lei nº 7.716/89 é “inaplicável”. Para o autor sob comento se trata de um tipo penal “construído de maneira aberta demais”, ao ponto de tornar-se indistinguível de outros crimes previstos no mesmo diploma ou da participação moral nesses crimes, numa confusão “intransponível”.²⁵

Vale lembrar que consta também da decisão em estudo que a prática de homicídio motivado por homofobia e transfobia, configura a qualificadora do “motivo torpe”, nos termos do art. 121, § 2º, I, “in fine”, CP. Essa manifestação jurisprudencial do STF não é novidade alguma e não altera em nada a interpretação que já era dada à unanimidade pela doutrina e pelo jurisprudência em geral. A morte de alguém por qualquer preconceito, neles abrangidas a homofobia ou a transfobia, é, por obviedade, um crime qualificado por motivo torpe. Pode-se dizer mais, no crime de lesões corporais de qualquer natureza e em todos os demais crimes, sempre que perpetrados em razão de algum preconceito ou discriminação negativa, haverá, quando não a qualificadora (como ocorre com o homicídio) ao menos a agravante genérica prevista no art. 61, II, “a”, “in fine”, CP (motivo torpe). Praticar um homicídio ou qualquer crime contra alguém porque essa pessoa é homossexual ou negra ou hispânica ou católica ou seja lá por que preconceito for, é algo extremamente abjeto e merece reprimenda exemplar.

Finalmente importa ressaltar que a decisão do STF tomou o cuidado de ponderar a questão da discriminação homofóbica ou transfóbica com a Liberdade Religiosa. Deixou-se claro que as limitações e mesmo condenações de condutas estabelecidas por crenças seculares, contidas em seus livros e doutrinas sagradas não podem ser afetadas nem de qualquer forma constrangidas a alterações heterônomas. Observe-se, por exemplo, que no art. 14 da Lei nº 7.716/89 é incriminado

o ato de obstar o casamento. Porém, se a motivação é referida ao casamento religioso e não secular (civil), não há falar em crime e sim em exercício da liberdade religiosa e de crença. É feita, contudo, uma ressalva quanto aos chamados “discursos de ódio” ou incitações de qualquer espécie à “discriminação”, à “hostilidade” ou à “violência” contra a pessoa devido à sua orientação sexual ou identidade de gênero. A redação do “decisum” é fluida, não é segura, usa expressões indefinidas, tais como o chamado “discurso de ódio”. No entanto, há que entender que tais exceções devem ser interpretadas tal qual se fez com o art. 20 da Lei de Racismo. Há que se considerar como inviáveis a incitação à agressão física, à ofensa moral direta às pessoas e não à conduta recriminada pela religião (odiar o pecado, não o pecador, na frase tão conhecida), a defesa da eliminação física dos indivíduos ou das práticas referidas na própria Lei nº 7.716/89, desde que não conflitem com o credo religioso, como é o caso das regras para o casamento. Embora em sua decisão o STF tenha sido um tanto quanto lacunoso, deixando margem para certo subjetivismo, entende-se que uma interpretação objetiva à semelhança do que se propôs com relação ao art. 20 da Lei de Racismo, pode ser um caminho equilibrado. Afinal de contas, ninguém espera ou deveria esperar ver um sacerdote ou crente religioso, defendendo o assassinato de pessoas porque são, por exemplo, gays ou porque são de outra religião (não é de crer que alguém defenda, em sua sanidade mental, a legitimidade de se tornar um homem – bomba em nome da religião). Também não se pode compreender que alguém defenda a agressão física às pessoas numa prática religiosa, nem mesmo as ofensas verbais, muito menos o obstar de um emprego, acesso ao lazer, educação etc. Nesses estritos termos, se pode ponderar a Liberdade Religiosa e a liberdade de autodeterminação dos indivíduos, seja quanto à sua orientação sexual ou identidade de gênero, numa relação pluralista e tolerante de parte a parte.

OS EFEITOS DA DECISÃO DO STF SOBRE HOMOFOBIA PARA ALÉM DA LEI DE RACISMO

Questão tormentosa, não dirimida pela decisão do STF ora comentada é a de saber se o conceito de “racismo”, abrangendo doravante as condutas de homofobia e transfobia tem aplicação apenas no contexto da Lei nº 7.716/89 ou vale para toda legislação nacional que trata da questão do preconceito e discriminação em razão da “raça”.

Segundo Araujo:

“A eficácia vinculante da decisão que incluiu a homofobia e a transfobia como ‘racismo social’ nos termos da Lei nº 7.716/89, está subordinada à publicação da parte dispositiva do acórdão no Diário Oficial da União e não se expande a outros crimes”.²⁶

Para o autor a decisão do STF se restringiu à Lei de Racismo, mesmo porque haveria pedido extensivo na Petição Inicial, em seu item 8.d.2, o qual não teria sido acatado.²⁷

Acontece que verificando o item 8.d.2 do pedido formulado, consta o seguinte:

“d.2) efetivando a tipificação criminal/criminalização específica todas as formas de homofobia e transfobia”.

O petição ainda requer que isso seja procedido na forma que o STF considerar “mais pertinente e adequada em termos constitucionais”.

O que o STF efetivamente fez foi expressamente reconhecer, nos termos do voto, que “as práticas homotransfóbicas qualificam-se como espécies do gênero racismo, na dimensão de racismo social”. Em seguida, como seria de se esperar, incluiu tais práticas como abrangidas pela Lei nº 7.716/89. Não obstante, essa medida específica, que constituía parte do pedido inicial, não é limitativa da interpretação que se alastra pelo ordenamento jurídico penal em geral. Não há nenhuma determinação expressa de confinamento do conceito ampliado de “racismo”, em sua vertente “social”, ao âmbito da Lei nº 7.716/89. Ao reverso, o STF afirma com cristalinidade que as condutas homotransfóbicas passam a ser consideradas uma espécie do gênero “racismo”, no entendimento daquele Tribunal Superior. Ademais, não se restringe à situação específica de “racismo”, mas também colaciona o conceito de “atos de discriminação e de ofensa a direitos e liberdades fundamentais” do grupo considerado vulnerável. Tudo isso está a indicar que os termos “raça”, “racismo”, “discriminação” (negativa) e “preconceito”, de agora em diante, nos termos do decidido pelo STF, passam a abranger invariavelmente condutas perpetradas por motivações homotransfóbicas, das quais os dispositivos da Lei de Racismo são apenas um grupo de exemplos. Tanto é fato que no fundamento normativo constitucional do “decisum” não consta apenas o art. 5º, XLII, CF (que trata especificamente do crime de racismo), mas também o art. 5º, XLI, CF (que abre o leque para toda espécie de “discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais). Além disso, na mesma decisão o STF já se adianta em frisar que nos casos de homicídio por motivos homotransfóbicos está caracterizada a qualificadora do motivo torpe. Isso já é uma aplicação da decisão fora do âmbito restrito da Lei nº 7.716/89, embora seja algo já assentado na doutrina e na jurisprudência o fato de que o crime de homicídio praticado por qualquer preconceito (aí contida a homotransfobia) é, evidentemente, qualificado por motivo torpe. Assim como, outros crimes quaisquer, para os quais tal qualificadora não seja prevista e nem integre o próprio tipo, sofrerão a incidência da Agravante Genérica do motivo torpe, nos termos do art. 61, II, “a”, parte final, CP. Torna-se, portanto, mais que evidente que a decisão do STF sob estudo não se restringiu à Lei nº 7.716/89, mas teve em mira todo o ordenamento jurídico pátrio com vistas à repressão penal de condutas motivadas pelo preconceito ou discriminação, mais precisamente de natureza homotransfóbica.

Assim sendo, no caso, por exemplo, da chamada “Injúria – Preconceito” ou “Injúria Racial”, prevista no art. 140, § 3º, CP, seja ela incluída por força de entendimento do STJ na Lei de Racismo ou não, haverá abrangência de ofensas verbais que tenham conteúdo homofóbico ou transfóbico, uma vez que o tipo penal faz referência a “raça” e o STF entende a palavra em seu sentido “social”, abarcando o preconceito quanto à orientação sexual ou a identidade de gênero. No mesmo diapasão, condutas que configurem crimes de Genocídio, nos termos da Lei nº 2.889/56, também poderão ter aplicação, acaso se dirijam ao grupo LGBT enquanto tal, visando sua eliminação total ou parcial, uma vez que o art. 1º, do referido diploma também trata de “grupo racial”. Uma vez que o STF adota o conceito de “racismo social” e, consequentemente, de “raça social”, é impossível confinar a questão somente a um diploma legal. Trata-se de um conceito geral e abrangente

que não admite limitação sob pena de criação de ainda mais insegurança jurídica e contradição interna no sistema.

Vislumbra-se, inclusive, um futuro problema com a eventual legislação a ser aprovada pelo Congresso Nacional a respeito da homofobia e da transfobia. A partir do entendimento do STF de que tais condutas configuram “racismo social”, opte o legislativo por criar uma lei especial ou somente por incluir expressamente na Lei de Racismo a questão da homotransfobia, será difícil compreender como as condutas dessa natureza não sejam consideradas como espécies de racismo. Parece que o STF engessou o Congresso Nacional, submetendo suas decisões, que deveriam ser independentes, ao seu tacão. É claro que se o legislativo apenas formalizar o que o STF já fez de maneira transversa, a homotransfobia será crime de racismo (agora formalmente). Mas, acontece que a decisão do STF faz com que a condição da homotransfobia como crime de racismo se torne material ou constitutiva. Dessa maneira, mesmo que seja promulgada uma lei especial, essa lei deverá ser considerada como uma segunda Lei de Racismo vigente no ordenamento brasileiro. Isso porque a Corte Suprema já estabeleceu de forma cabal que a homotransfobia é uma espécie do gênero “racismo social”. Isso em nada se altera com o fato de que o STF determinou a aplicação meramente provisória da Lei de Racismo, apenas até que o legislativo cumpra sua missão de criminalização. Fato é que essa decisão provisória se dá com sustento na tese de que a homotransfobia é uma espécie de “racismo social” e isso não se modifica com o advento de uma lei especial.

Finalizando vale destacar a questão do início de vigência da incriminação da homotransfobia como crime de racismo, mesmo porque tal entendimento não poderá exercer efeitos retroativos, tal qual ocorre com uma “*novatio legis in pejus*” ou “*novatio legis incriminadora*”.

Retomando o texto de Araujo, entende o autor que a vigência se dará a partir somente da “publicação da decisão no Diário Oficial da União”.²⁸

Com todo respeito a esse posicionamento, fato é que o próprio STF, em sua decisão, modulou os efeitos desta. E nessas chamadas “decisões manipulativas” é comum que se faça a modulação de efeitos respectiva pelo órgão jurisdicional nos termos do art. 27 da Lei nº 9.868/99 e art. 927, § 3º, CPC.²⁹ A Corte Suprema estabeleceu expressamente que sua decisão de tratamento da homotransfobia como “Crime de Racismo” somente se aplicará “a partir da data em que se concluir” o julgamento. Essa data foi o dia 13.06.2019, a partir da qual, portanto, passa a valer a criminalização na forma decidida, sem efeito retroativo.

CONCLUSÃO

No decorrer do presente trabalho foi analisada a decisão da ADO 26 pelo STF, estabelecendo as condutas homotransfóbicas como “Crimes de Racismo”, nos termos da Lei nº 7.716/89.

Constatou-se que os termos “homofobia” e “transfobia” não têm determinação jurídica, tratando-se de palavra de significação equívoca e subjetiva, de modo que não servem, por si sós, para satisfazer a legalidade estrita exigível para a criação de um ou vários tipos penais.

A única via interpretativa possível foi aquela de entender que o STF simplesmente acrescentou à Lei nº 7.716/89 as condutas preconceituosas e discriminatórias perpetradas tendo em vista a orientação sexual e/ou a identidade de gênero das pessoas, mas necessariamente de maneira objetiva, ou seja, de acordo com

os tipos penais previstos na Lei de Racismo. Condutas que não se subsumam aos arts. 3º a 14 e 20 da Lei nº 7.716/89 serão atípicas. Essa atipicidade será absoluta (quando não houver infração a outro dispositivo legal), ou relativa (quando não se configurar crime de racismo, mas houver configuração de outro delito – v.g. uma injúria racial, lesão corporal agravada por motivo torpe, homicídio qualificado por motivo torpe etc.).

Observou-se que a tipificação dos arts. 3º a 14 da Lei nº 7.716/89 não traz maiores dificuldades. Apenas o art. 20 do mesmo diploma, considerando sua natureza aberta, pode ser eventualmente expandido de forma inadequada, sendo fato que há juristas que, inclusive, o consideram inconstitucional exatamente por isso, tendo em vista infração ao Princípio da Legalidade Estrita. Não obstante, procurando um caminho objetivo para sua eventual aplicação a casos concretos, entende-se que somente haverá sua tipificação quando, por interpretação analógica “intralegem”, houver a apologia às práticas descritas na própria Lei de Racismo, em seus arts. 3º a 14. Além disso, em casos de suma gravidade dirigidos a uma coletividade difusa, tais como incentivos a agressões físicas, ofensas verbais e até mesmo eliminação física de pessoas.

Quanto à irradiação do conceito ampliado de “racismo”, incluindo as condutas homotransfóbicas, entendeu-se, malgrado respeitável entendimento contrário, que será doravante aplicável a todo tipo penal que faça menção à questão da “raça”, do “preconceito” ou da “discriminação”. Afinal, o STF não somente expressou um comando de aplicação provisória da Lei nº 7.716/89, mas erigiu um novo e mais abrangente *conceito* do que seja “racismo”. Esse conceito não pode ficar confinado no âmbito da Lei de Racismo. Enquanto um conceito geral, passa a fazer parte do arcabouço de conteúdos hermenêuticos instrumentais para a interpretação e aplicação da nossa legislação penal e, diga-se de passagem, até mesmo extrapenal (v.g. trabalhista, civil etc.). Entendeu-se também que até mesmo eventual lei especial vindoura, promulgada pelo Congresso Nacional, se constituirá, de acordo com o entendimento do STF sobre ser a homotransfobia uma espécie de “racismo” sob o aspecto “social”, numa nova legislação que tratará de outros tipos penais considerados para todos os fins como “Crimes de Racismo”, inclusive no que diz respeito à inafiançabilidade e imprescritibilidade constitucionalmente estabelecidas (art. 5º, XLII, CF).

Finalmente, quanto ao marco de início de aplicação do novel entendimento da Corte Suprema, este foi encontrado em consulta à própria decisão que conta com expressa modulação de efeitos a partir do julgamento final que se deu em data de 13.06.2019. Obviamente, tal qual as normas penais mais rigorosas ou as normas penais incriminadoras em geral, não poderá contar com efeito retroativo, somente se aplicando aos fatos ocorridos a partir da decisão enfocada. 🇧🇷

NOTAS

- 1 CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Criminalização da Homofobia pelo STF: uma aberração jurídica. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/74447/criminalizacao-da-homofobia-pelo-stf-uma-aberracao-juridica>, acesso em 20.06.2019. No sentido oposto, em exposição fundamentada, sob a alegação de que o STF não violou a legalidade e não fez analogia prejudicial ao réu, mas apenas aplicou o conceito de “racismo social”, atualizando a legislação em uma chamada “interpretação progressiva”, vide: GOMES, Luiz Flávio. STF permite criminalização da Homofobia e da Transfobia. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=GB0LY0aJlik>, acesso em 20.06.2019.
- 2 HOMOFOBIA. Dicionário online. Disponível em https://www.google.com/search?rlz=1C1OKWM_pt-BRBR809BR809&q=Dicion%C3%A1rio, acesso em 20.06.2019.

- 3 TRANSFOBIA. Dicionário Priberam. Disponível em <https://dicionario.priberam.org/transfobia>, acesso em 20.06.2019.
- 4 ZAFFARONI, Eugenio Raúl, BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro*. Volume II. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 139.
- 5 MANTOVANI, Flávia. Relação homossexual é crime em 73 países; 13 preveem pena de morte. Disponível em <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2016/06/relacao-homossexual-e-crime-em-73-paises-13-preveem-pena-de-morte.html>, acesso em 20.06.2019.
- 6 PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil – evolução histórica*. 2. ed. São Paulo: RT, 2001, p. 60.
- 7 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Trad. Ana Paula Zomer “et al.” São Paulo: RT, 2002, p. 31.
- 8 GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Volume 1. 20. ed. Niterói: Impetus, 2018, p. 247.
- 9 Op. Cit., p. 247 – 248.
- 10 WATSON, James D., BERRY, Andrew. *DNA o segredo da vida*. Trad. Carlos Afonso Malferrari. São Paulo: Companhia das Letras, 2005, p. 274 e 276.
- 11 SETTERINGTON, Ken. *Marcados pelo Triângulo Rosa*. Trad. Sandra Pina. São Paulo: Melhoramentos, 2018, p. 42.
- 12 Op. cit., p. 48.
- 13 SILVA, Rodrigo da. Entenda como os regimes socialistas perseguiram homossexuais no último século. Disponível em <https://spotniks.com/o-amor-nao-e-vermelho/>, acesso em 21.06.2019.
- 14 FANON, Frantz. *Os Condenados da Terra*. Coleção Perspectivas do Homem. Volume 42. Série Política. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1968, p. 81-88.
- 15 MARCUSE, Herbert. *A Ideologia da Sociedade Industrial*. Trad. Giasone Rebuá. 4. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1973, p. 235.
- 16 TSETUNG, Mao. Análise das Classes na Sociedade Chinesa. Disponível em <https://www.marxists.org/portugues/mao/1926/03/classes.htm>, acesso em 21.06.2019.
- 17 STJ, AgRg no AREsp 686965/DF, 6ª Turma, j. 18.08.2015, DJe 31.08.2015.
- 18 Também já tratamos da questão específica em outra publicação à qual o leitor poderá ter acesso: CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Para o STJ, Injúria é Crime de Racismo. Será? Disponível em <https://jus.com.br/artigos/52141/para-o-stj-injuria-e-crime-de-racismo-sera>, acesso em 20.06.2019. No STF as decisões foram as seguintes: HC nº 142.583/DF e um ARE 983.531/DF, ambos de relatoria do Ministro Roberto Barroso, além de outro HC nº 130.104/DF, este de relatoria da Ministra Carmen Lúcia.
- 19 CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Criminalização da Homofobia pelo STF: uma aberração jurídica. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/74447/criminalizacao-da-homofobia-pelo-stf-uma-aberracao-juridica>, acesso em 20.06.2019.
- 20 Cf. GOMES, Luiz Flávio, op. cit.
- 21 Cf. CPTM deve indenizar candidato eliminado de concurso por ser obeso. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-dez-04/cptm-indenizar-candidato-eliminado-concurso-obeso>, acesso em 20.06.2019.
- 22 SILVA, Amaury, SILVA, Artur Carlos. *Crimes de Racismo*. Leme: Mizuno, 2012, p. 96.
- 23 MASSON, Cleber. *Direito penal esquematizado*. Volume 1. 3. ed. São Paulo: Método, 2013, p. 111.
- 24 Neste sentido por todos: SILVA, Amaury, SILVA, Artur Carlos, op. cit., p. 95.
- 25 NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. São Paulo: RT, 2006, p. 240.
- 26 ARAUJO, Douglas. Marco inicial da eficácia vinculante da decisão na ADO – 26 e ampliação do conceito de racismo somente no âmbito da Lei 7.716/89. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/74804/marco-inicial-da-eficacia-vinculante-da-decisao-na-ado-26-e-ampliacao-do-conceito-de-racismo-somente-no-ambito-da-lei-7-716-89>, acesso em 21.06.2019.
- 27 Op. cit.
- 28 Op. cit.
- 29 Cf. FERNANDES, André Dias. *Modulação de efeitos e decisões manipulativas no controle de constitucionalidade brasileiro: possibilidades, limites e parâmetros*. Salvador: Juspodvm, 2018, “passim”. No mesmo diapasão: VELLOSO FILHO, Carlos Mário. Modulação dos efeitos das decisões do STF e do STJ. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI274538,41046-Modulacao+dos+efeitos+das+decisoese+do+STF+e+do+STJ>, acesso em 21.06.2019.

REFERÊNCIAS

- ARAUJO, Douglas. Marco inicial da eficácia vinculante da decisão na ADO – 26 e ampliação do conceito de racismo somente no âmbito da Lei 7.716/89. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/74804/marco-inicial-da-eficacia-vinculante-da-decisao-na-ado-26-e-ampliacao-do-conceito-de-racismo-somente-no-ambito-da-lei-7-716-89>, acesso em 21.06.2019.
- CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Criminalização da Homofobia pelo STF: uma aberração jurídica. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/74447/criminalizacao-da-homofobia-pelo-stf-uma-aberracao-juridica>, acesso em 20.06.2019.
- _____. Para o STJ, Injúria é Crime de Racismo. Será? Disponível em <https://jus.com.br/artigos/52141/para-o-stj-injuria-e-crime-de-racismo-sera>, acesso em 20.06.2019.
- CPTM deve indenizar candidato eliminado de concurso por ser obeso. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-dez-04/cptm-indenizar-candidato-eliminado-concurso-obeso>, acesso em 20.06.2019.
- FANON, Frantz. *Os Condenados da Terra. Coleção Perspectivas do Homem. Volume 42. Série Política.* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1968.
- FERNANDES, André Dias. *Modulação de efeitos e decisões manipulativas no controle de constitucionalidade brasileiro: possibilidades, limites e parâmetros.* Salvador: Juspodvm, 2018.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão.* Trad. Ana Paula Zomer “et al.” São Paulo: RT, 2002.
- GOMES, Luiz Flávio. STF permite criminalização da Homofobia e da Transfobia. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=GBOLY0aJlik>, acesso em 20.06.2019.
- GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal.* Volume 1. 20.ed. Niterói: Impetus, 2018.
- HOMOFOBIA. Dicionário online. Disponível em https://www.google.com/search?rlz=1C1OKWM_pt-BRBR809BR809&q=Dicion%C3%A1rio, acesso em 20.06.2019.
- MANTOVANI, Flávia. Relação homossexual é crime em 73 países; 13 preveem pena de morte. Disponível em <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2016/06/relacao-homossexual-e-crime-em-73-paises-13-preveem-pena-de-morte.html>, acesso em 20.06.2019.
- MARCUSE, Herbert. *A Ideologia da Sociedade Industrial.* Trad. Giasone Rebuá. 4.ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1973.
- MASSON, Cleber. *Direito penal esquematizado.* Volume 1. 3. ed. São Paulo: Método, 2013.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas.* São Paulo: RT, 2006.
- PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil – evolução histórica.* 2. ed. São Paulo: RT, 2001.
- SETTINGTON, Ken. *Marcados pelo Triângulo Rosa.* Trad. Sandra Pina. São Paulo: Melhoramentos, 2018.
- SILVA, Amaury, SILVA, Artur Carlos. *Crimes de Racismo.* Leme: Mizuno, 2012.
- SILVA, Rodrigo da. Entenda como os regimes socialistas perseguiram homossexuais no último século. Disponível em <https://spotniks.com/o-amor-nao-e-vermelho/>, acesso em 21.06.2019.
- TRANSFOBIA. Dicionário Priberam. Disponível em <https://dicionario.priberam.org/transfobia>, acesso em 20.06.2019.
- TSETUNG, Mao. Análise das Classes na Sociedade Chinesa. Disponível em <https://www.marxists.org/portugues/mao/1926/03/classes.htm>, acesso em 21.06.2019.
- VELLOSO FILHO, Carlos Mário. Modulação dos efeitos das decisões do STF e do STJ. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI274538,41046-Modulacao+dos+efeitos+das+decisoies+do+STF+e+do+STJ>, acesso em 21.06.2019.
- WATSON, James D., BERRY, Andrew. *DNA o segredo da vida.* Trad. Carlos Afonso Malferrari. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro.* Volume II. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010.



“A Justiça Militar brasileira caminha a passos firmes para o aperfeiçoamento de seus órgãos e de consequência da melhoria da sua prestação jurisdicional.”



Os novos Desembargadores da Justiça Militar

■ POR JORGE CESAR DE ASSIS

O Conselho Nacional de Justiça – CNJ, quando do recente julgamento de pedido de providências¹ inaugurado pelo magistrado Paulo Roberto Mendes Rodrigues, que na qualidade de Presidente do Tribunal de Justiça Militar do Estado do Rio Grande do Sul requeria a edição de ato normativo para autorizar a padronização do título “Desembargador” aos Tribunais de Justiça Militar dos Estados, dando-lhe assim tratamento isonômico aos demais tribunais brasileiros, julgou parcialmente procedente o pedido, ou seja, ao tempo em que entendeu não ser atribuição do CNJ editar regramento específico para regulamentar nomenclatura a ser utilizada na Justiça Militar, afirmou a possibilidade de edição de ato interno para tratar da temática veiculada – nomenclatura de seus membros como Desembargadores – pela própria Justiça Militar, a exemplo do que já fizeram órgãos da Justiça Federal (TRF1, TRF2, TRF3, TRF4 e TRF5) e Justiça Trabalhista (CSJT) nacionais.

A decisão ficou assim ementada: EMENTA. Pedido de providências. Justiça Militar dos Estados. Denominação de juízes militares de segunda instância como “desembargadores”. Possibilidade de regulamentação por ato próprio dos tribunais castrenses. Pedido julgado parcialmente procedente.

Com isso, autorizou que os tribunais militares dos Estados de Minas Gerais, Rio Grande do Sul e São Paulo, possam alterar a nomenclatura hoje existente de seus membros (Juiz do Tribunal de Justiça Militar) para aquela pretendida, isonômica com os demais tribunais de segundo grau, qual seja a de Desembargador da Justiça Militar.

É de se aplaudir a mudança de nomenclatura autorizada por ato interno de cada tribunal.

Em primeiro lugar porque ela já existe de fato, por ato interno dos demais tribunais como apontado na decisão do pedido de providências, citando a edição da Resolução nº 58, de 06.08.2009, do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região (TRT13), em cujo art. 3º procedeu a alteração similar à pretendida pela Egrégia

Justiça Militar, *verbis*: “(...) Art. 3º A denominação dos Membros deste Tribunal passa a ser Desembargador Federal do Trabalho”. No mesmo sentido a Resolução nº 104/2012², do Conselho Superior da Justiça do Trabalho – CSJT, que considerou que a utilização do título de Desembargador ostenta caráter informativo e esclarecedor para o jurisdicionado e público em geral quanto ao exercício da jurisdição de 2º grau, e já no seu art. 1º assevera que “os vocábulos de tratamento dos magistrados de 1º e 2ª instância na Justiça do Trabalho são uniformizados em “Juiz do Trabalho Substituto”, “juiz titular de Vara do Trabalho” e “Desembargador do Trabalho”, determinando no artigo seguinte que os Tribunais Regionais do Trabalho providenciassem a substituição das expressões divergentes porventura constantes de seus Regimentos Internos e demais atos pelas denominações definidas por aquela Resolução.

Por sua vez, os Regimentos Internos dos cinco tribunais regionais federais, da mesma forma, já procederam à referida substituição de nomenclatura, *v.g.*, TRF 1 (art. 1º); TRF2 (art. 1º); TRF3 (art. 1º); TRF4 (art. 2º) e; TRF5 (art. 1º), nominando seus integrantes de Desembargadores Federais.

Apontou o requerente do Pedido de Providências que no Estado do Rio Grande do Sul, os Juízes do Tribunal de Justiça Militar eram iguados aos Juízes do Tribunal de Alçada³, e que a Lei gaúcha nº 11.133/98 determinou o fim do Tribunal de Alçada elevando seus membros ao cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça, porém, à época, não foi modificada a nomenclatura dos juízes de 2º grau da Justiça Militar do Rio Grande do Sul.

Lembrou René Dotti, em artigo publicado no jornal “O Estado do Paraná”, caderno “Direito e Justiça”, de 05.01.2003, que os Tribunais de Alçada foram inicialmente previstos na Constituição de 18.12.1946 (art. 124, II). O primeiro a ser criado foi o de São Paulo (Lei nº 1.162, de 31.07.1951). O aumento da carga de processos obrigou o desdobramento e a criação do 1º e 2º Tribunais de Alçada Civil e do Tribunal de Alçada Criminal.

E que, a alçada, entendida sinteticamente como o limite à jurisdição, era o poder deferido aos órgãos judiciários coletivos de decidir pedidos até certo valor em dinheiro ou determinados crimes e contravenções. Esse critério de distribuição teve origem no Livro I, Título 25 das Ordenações Afonsinas, como lembra Pontes de Miranda em seus Comentários à Constituição de 1946.

Mas a descentralização de serviços judicantes prevista naquela Carta apenas se materializou em cinco unidades federativas. Com as unificações ocorridas no Rio de Janeiro e no Rio Grande do Sul, restaram apenas São Paulo, Minas Gerais e o Paraná⁴.

Foi a Emenda Constitucional 45, de 2004 que aprovou a fusão dos Tribunais de Alçada com os de Justiça, unificando novamente a competência até então dividida. Da mesma forma, a EC 45/2004, ampliou, consideravelmente a competência da Justiça Militar Estadual, conferindo-lhe jurisdição cível, fundada no processo e julgamento das ações judiciais contra atos disciplinares militares e, desta forma, abandonou o critério limitador de competência que era caracterizador da referida “alçada”. Não custa lembrar que a edição da Lei nº 13.491/2017, que alterou o inciso II, do art. 9º, do Código Penal Militar, e de consequência aumentando o rol dos crimes militares com o advento dos chamados crimes militares por extensão, implicou no natural aumento da própria competência da Justiça Militar.

E, em segundo lugar, porque não se pode negar que a manutenção da nomenclatura Juiz do Tribunal de Justiça Militar (como assim eram chamados os Juízes do Tribunal de Alçada) fomenta, inclusive, uma injustificável discriminação em

relação a esses magistrados que são partes integrantes da Estrutura do Poder Judiciário brasileiro (CF, art. 92, VI).

Tendo os Tribunais de Alçada (aos quais os Tribunais de Justiça Militar estaduais eram equiparados) sido incorporados aos Tribunais de Justiça, e os antigos Juízes do Tribunais de Alçada naturalmente passarem a ser denominados de “Desembargadores”, deixou de existir razão para que os magistrados de segunda instância da Justiça Militar Estadual continuem a ser denominados de Juízes do Tribunal de Justiça Militar.

Ademais, a EC 45/2004, aperfeiçoando a Justiça Militar Estadual, alterou a redação do § 3º do art. 125 da Carta Magna, passando a prever, expressamente a figura do Juiz de Direito como órgão judicial independente, ao lado dos Conselhos de Justiça, que o magistrado togado também integra, mas agora, na qualidade de seu Presidente, situação que, até então era deferida ao Oficial militar de maior posto ou antiguidade (CF, art. 125, § 5º).

Esta tendência de aperfeiçoamento da Justiça Militar brasileira, também ocorre na Justiça Militar da União (CF, arts. 122-124), inclusive no tocante à nomenclatura de seus magistrados de primeira instância, os quais, com o advento da Lei nº 13.774, de 19.12.2018⁵, alterando a designação do magistrado togado para Juiz Federal da Justiça Militar, mais consentâneo com o tratamento dado aos magistrados da Justiça Federal, uma vez que o termo “Auditor” provém da legislação mais antiga. Da mesma forma, os integrantes do Superior Tribunal Militar (que é um Tribunal Superior e órgão de segunda instância da Justiça Militar da União) são denominados de “Ministros” e sempre detiveram a nomenclatura à semelhança dos membros do Supremo Tribunal Federal e dos demais Tribunais Superiores.

Concluindo, podemos afirmar que a Justiça Militar brasileira caminha a passos firmes para o aperfeiçoamento de seus órgãos e de consequência da melhoria da sua prestação jurisdicional. A mudança de nomenclatura dos Juízes dos Tribunais de Justiça Militar para Desembargadores da Justiça Militar, agora autorizada pelo Conselho Nacional de Justiça, é consentânea com a de seus pares, que atuam nos diversos tribunais de outros ramos da Justiça brasileira. Cabe agora, por Ato Interno, aos Tribunais de Justiça Militar de Minas Gerais, Rio Grande do Sul e São Paulo, efetivar a salutar medida. ☑

NOTAS

- 1 CNJ, Pedido de Providências nº 002541-69.2019.2.00.0000, relator o Conselheiro Valdetário Andrade Monteiro, julgado em 06.06.2019.
- 2 Disponibilizada no JeJT de 28.05.2012.
- 3 A Emenda Constitucional nº 45/2004, promulgada em 8 de dezembro de 2004, entrou em vigor no dia 31 de dezembro do mesmo ano. Com ela, foram extintos os Tribunais de Alçada, “ex vi” do “caput” do seu art. 4º, “verbis”: “Ficam extintos os tribunais de Alçada, onde houver, passando os seus membros a integrar os Tribunais de Justiça dos respectivos Estados, respeitadas a antiguidade e classe de origem”.
- 4 DOTTI, René. A extinção do Tribunal de Alçada. Disponível em <https://dotti.adv.br/a-extincao-do-tribunal-de-alcada/> acesso em 15.06.2019.
- 5 Que altera a Lei nº 8.457, de 4 de setembro de 1992, que “Organiza a Justiça Militar da União e regula o funcionamento de seus Serviços Auxiliares”.



JORGE CESAR DE ASSIS é Advogado, Presidente da Comissão de Direito Militar da OAB-PR. Promotor aposentado da Justiça Militar da União. Integrou o Ministério Público paranaense. Oficial da Reserva Remunerada da Polícia Militar do Paraná. Coordenador da Biblioteca de Estudos de Direito Militar da Editora Juruá. Secretário Geral da Associação Internacional das Justiças Militares – AIJM. Membro correspondente da Academia Mineira de Direito Militar.

A hermenêutica constitucional como teoria do conhecimento do direito nas democracias contemporâneas

■ POR INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO

“Atualmente, o conhecimento do sistema jurídico brasileiro confunde-se com o conhecimento da nossa Constituição e que, por isso, a hermenêutica constitucional – como ciência de si mesma –, assumiu o papel de teoria do conhecimento do direito.”

Na atualidade, a hermenêutica há que descobrir sua relação com a tarefa geral da teoria do conhecimento.
(Dilthey).

Reconhecido e proclamado, no âmbito da filosofia, o caráter paradigmático da hermenêutica jurídica para as ciências do espírito, e, nos domínios do direito, o papel nuclear e seminal do conhecimento da Constituição para todos os saberes jurídicos, de resto potencializado pelo fenômeno contemporâneo da materialização das constituições e da concomitante constitucionalização do direito, parece lícito dizer-se que a hermenêutica constitucional transformou-se em verdadeira epistemologia jurídica ou teoria do conhecimento do direito, ou, se preferirmos, em conhecimento do conhecimento do direito, porque incumbe a ela – como espécie da arte geral do compreender – a sobretarefa de interpretar as diferentes interpretações do fenômeno jurídico, a partir da análise crítica das múltiplas leituras da lei fundamental e dos vários mundos constitucionais que podem emergir dessas distintas visões das leis fundamentais¹.

O FENÔMENO DO CONHECIMENTO E A SUA TEORIA

Gnosiologia, Epistemologia ou Teoria do Conhecimento

Embora usando, indistintamente, essas três locuções no jogo de linguagem da filosofia, o que provoca algumas confusões, não há divergência de monta entre os pensadores sobre a “coisa” a que eles se referem quando empregam qualquer dessas expressões. Todos sabem tratar-se de uma das questões fundamentais da filosofia, mais precisamente, do fenômeno do conhecimento e dos problemas nele contidos, a saber: a sua possibilidade, origem, essência, espécies e o critério de verdade².

Apenas para ilustração, vejamos alguns Dicionários de Filosofia e o que neles se encontra sobre o problema do conhecimento, independentemente do nome com que aparecem nessas obras de referência: epistemologia, gnosiologia ou teoria do conhecimento.

Em seu Dicionário de Filosofia, no verbete Epistemologia, Ferrater Mora, por exemplo, afirma que os termos “epistemologia” e “gnoseologia” são considerados, frequentemente, como sinônimos e que, em ambos os casos, trata-se de “teoria do conhecimento”, expressão que também se usa no lugar de qualquer das duas anteriores.³ No verbete Gnosiologia, Lalande, citando e acolhendo proposta de M. Baldwin, sugere que se entenda por Epistemologia a teoria do conhecimento no sentido mais geral da palavra: origem, natureza e limites do conhecimento; e Gnosiologia como a análise sistemática dos conceitos usados pelo pensamento para interpretar o mundo, incluindo aí a crítica ao ato de conhecer, considerado quanto ao seu valor ontológico.⁴ Em Nicola Abbagnano, lê-se que o problema cujo tratamento é tema específico da teoria do conhecimento é a realidade das coisas ou, em geral, do mundo externo; que, por origem e formulação, a teoria do conhecimento é idealista; e que mesmo as soluções chamadas realistas são formas de idealismo, na medida em que as entidades que reconhecem como reais são, muito frequentemente, consciências ou conteúdos de consciência.⁵ Por fim, em M. Rosental e P. Iudin, pensadores orientação marxista, a expressão Gnoseologia – traduzida do grego como “estudo do conhecimento” –, é assimilada à “teoria do conhecimento”, que eles qualificam como “doutrina filosófica que trata da possibilidade do homem de descobrir a verdade, de conhecer a realidade;

teoria das fontes do conhecimento e das formas de que se reveste o processo do conhecimento”, asseverando, ainda, que “o ponto de partida de toda gnoseologia é a resposta que, materialista ou idealista, ela dá à questão fundamental da filosofia”.⁶ Algo semelhante constatamos no Dicionário Oxford de Filosofia, de Simon Blackburn, que identifica Epistemologia e Teoria do Conhecimento, apontando, como algumas das suas questões centrais, a origem do conhecimento; o lugar da experiência e da razão na gênese do conhecimento; a relação entre o conhecimento e a certeza, e entre o conhecimento e a impossibilidade do erro; a possibilidade do ceticismo universal; e as formas de conhecimento que emergem das novas conceptualizações do mundo.⁷ Desse balanço comparativo, conclui-se que, não obstante os termos Epistemologia, Gnosiológica e Teoria do Conhecimento serem usados, indistintamente, a maioria dos dicionaristas prefere o termo Teoria do Conhecimento para tratar do problema do conhecer.

Análise fenomenológica do conhecimento

A análise fenomenológica do conhecimento, levada a efeito, entre outros, por Johannes Hessen e Manuel García Morente⁸, cujos ensinamentos aqui reproduzimos, propõe-se a descrever o evento cognitivo tal como ele se apresenta em sua estrutura geral, abstraídos quaisquer vínculos com a realidade, a historicidade e a existencialidade, desprezando, inclusive, a discussão em torno da possibilidade do conhecimento.

Graças a essa espécie de redução eidética⁹, que intenta colocar entre parênteses o objeto conhecimento para poder captar-lhe a essência no modo como esta se manifesta na experiência cognitiva, é possível afirmar-se que aquilo a que chamamos conhecimento apresenta-se como um fenômeno de natureza relacional, mais precisamente, como uma relação dupla ou uma correlação ontognosiológica – subjetivo-objetiva – na qual se encontram frente à frente o sujeito e o objeto do conhecimento.

No âmbito dessa relação, embora complementarmente imbricados, o sujeito e o objeto possuem funções distintas e inconfundíveis, pois enquanto ao sujeito pensante ou sujeito cognoscente compete apreender o objeto – o que ele faz saindo de sua esfera e ingressando na esfera própria do objeto –, a este corresponde a função de ser conhecido ou apreendido pelo sujeito, ao qual transfere as suas propriedades.

Como, por outro lado, aquelas propriedades não são apreendidas diretamente pelo sujeito, mas, antes, captadas através da imagem, da representação, da ideia ou do pensamento, que nele se formam acerca do objeto, pode-se dizer que, sob esse ponto de vista ou por causa disso, “o conhecimento do objeto não é igual ao objeto do conhecimento.”¹⁰ Já Georg Lukács, citando Fichte, afirma que se trata da “projeção absoluta de um objeto, de cuja origem não se pede contas, no qual, por conseguinte, há uma obscuridade e um vazio entre a projeção e o projetado, uma projeção per hiatum irrationalem”¹¹.

Tendo em vista que, nessa relação ontognosiológica, mesmo preservada a necessária autonomia dos seus elementos constitutivos, sujeito e objeto se implicam e se exigem reciprocamente, é possível dizer-se que esses elementos só são o que são enquanto o são um para o outro. Mais precisamente, em palavras do próprio García Morente:

Lo que el objeto es, no lo es en sí y por sí, sino en tanto en cuanto es objeto de un sujeto. Lo que el sujeto es, tampoco lo es como un ser absoluto, en sí y por sí, sino en tanto en cuanto es sujeto destinado a conocer un objeto¹².

No mesmo sentido, respeitada, obviamente, a diferença radical que singulariza, em tudo o mais, a teoria marxista do conhecimento, Henri Lefebvre assinala que, em termos filosóficos, o sujeito e o objeto atuam e reagem continuamente, em perpétua interação, e que essa interação é de natureza dialética porque no âmbito do processo gnosiológico, embora sejam opostos, aqueles elementos são partes de um todo, tal como se integram numa discussão ou num diálogo os seus diversos participantes.¹³ Mais incisivo sobre, digamos, o protagonismo do sujeito na construção do conhecimento, o filósofo marxista Adam Schaff afirma que aquele que conhece não é um espelho, não é um aparelho registrando passivamente as sensações geradas pelo circunvizinho; que, pelo contrário, é precisamente ele, sujeito do conhecimento, quem dirige esse aparelho, que o orienta, o regula, e em seguida transforma os dados que o mesmo lhe oferece; que é ele quem introduz no conhecimento um fator subjetivo, ligado ao seu condicionamento social; que, por fim, o caráter ativo por excelência do sujeito que conhece está em relação com o fato – a seu ver, omitido na maior parte das análises abstratas –, de que o conhecimento equivale a uma atividade.¹⁴ Nessa linha, o filósofo marxista M. Rosental, antes citado, diz que seria um grande erro pensar que o mundo se reflete no cérebro humano de modo tão simples como os objetos se refletem num espelho, pois na realidade o conhecimento é um processo muito mais complexo, que possui graus ou etapas particulares e tem como base a atividade prática dos homens. Em arremate, citando Lênin, acentua que “o ponto de vista da vida, da prática, deve ser o primeiro e fundamental ponto de vista da teoria do conhecimento”¹⁵.

Em razão dessa necessária correlação subjetivo-objetiva, que os torna inseparáveis, podemos dizer que até no plano conceitual sujeito e objeto são congenitamente complementares e interdependentes, à semelhança de outros pares de conceitos correlatos, como direita/esquerda, acima/abaixo, que se implicam e se exigem, reciprocamente, no momento mesmo em que são formulados.

Apesar dessa similitude, uma diferença essencial particulariza a relação ontogenosiológica em face das outras relações conceituais que lhe são afins. É que, no âmbito da relação subjetivo-objetiva, sendo intrínsecas ou inerentes aos seus elementos constitutivos as posições e/ou funções correspondentes ao sujeito e ao objeto, elas são também mutuamente inconversíveis. O mesmo, porém, não se verifica nas relações desempenhadas por aqueles outros pares de conceitos correlatos, cujas funções, sendo-lhes externas e contingentes, acidentais, portanto, podem ser trocadas mutuamente, desde que, para tanto, invertamos as posições atribuídas aos elementos da relação. Com efeito, se invertermos as posições que dois objetos ocupam no espaço, deslocando-os da direita para a esquerda ou de cima para baixo, essa alteração implicará a troca das funções que desempenhavam anteriormente. A esquerda se converterá em direita quando a direita se converter em esquerda; o que estava abaixo passará para cima, quando o que se encontrava em cima se deslocar para baixo. Isso ocorre, precisamente, porque não sendo da essência de tais objetos assumirem ou sinalizarem posições no espaço, podemos jogar com eles ou deslocá-los de um ponto para outro, sem que esse jogo ou esse deslocamento desnaturem tais objetos ou inviabilizem as suas relações mútuas.

No âmbito da relação ontognosiológica, no entanto, isso não pode ocorrer, porque ao sujeito incumbe, necessária e exclusivamente, a tarefa de conhecer; e, ao mesmo tempo, ao objeto, também de forma necessária e exclusiva, a função de ser conhecido. Noutras palavras, como o sujeito é sempre o sujeito e o objeto é sempre o objeto – e um só é o que é enquanto o é para o outro –, qualquer mudança nas suas posições relativas, mesmo que se tratasse de uma alteração simplesmente imaginária, implicaria a eliminação do próprio conhecimento. Assim, ainda quando nos ensimesmamos e nos fazemos objeto das nossas reflexões, mesmo nessa particularíssima relação ontognosiológica, não se confundem o eu pensante e o eu pensado, permanecendo irreduzíveis e necessariamente separados, o primeiro como sujeito, o segundo como objeto do conhecimento. É que o dualismo sujeito-objeto, convém insistir, pertence à essência do conhecimento, funcionando como verdadeira condição de possibilidade de todo o evento cognitivo.

Tendo em conta, por outro lado, que apesar da autonomia e da irreduzibilidade dos elementos da relação ontognosiológica, o sujeito é sempre determinado pelo objeto – mais precisamente, pela imagem do objeto que se forma em sua consciência cognoscente –, em razão dessa prevalência do elemento objetivo costuma-se definir o fenômeno do conhecimento como uma determinação do sujeito pelo objeto. Por isso, também se afirma que no processo gnosiológico o sujeito se conduz receptivamente em face do objeto, muito embora essa receptividade não signifique nem passividade nem subordinação do sujeito perante o objeto. Isso porque, ao fim e ao cabo, o conhecimento constitui uma atividade espontaneamente desenvolvida pelo sujeito, uma tarefa que ele desempenha para apreender o objeto, vale dizer, para dominar cognitivamente a realidade. Portanto, é saindo de sua esfera e trabalhando o objeto, que o sujeito constrói o conhecimento e o traduz em linguagem. A essa luz, afigura-se um equívoco falarmos em passividade do sujeito, como se no processo do conhecimento ele permanecesse contemplativo ou inerte diante do objeto, apenas registrando sinais recebidos de fora da sua consciência. Nessa perspectiva evidenciam-se o sentido e a importância de asserções do tipo “a percepção não é um encontro entre os olhos e os entes, e sim que o olho é somente um órgão da alma” e que “nós vemos através do olho, mas não é o olho que vê”.¹⁶ Afinal, sem a criação do objeto, ainda que apenas como objeto do conhecimento – objeto que não é um ser em si e por si, mas uma entidade puramente lógica, que o sujeito põe diante de si para ser conhecido –, sem a movimentação do sujeito não ocorre o fenômeno ou o evento a que chamamos conhecimento. Então, também sob esse ponto de vista, pode-se dizer que o sujeito é o senhor do conhecimento¹⁷.

A despeito de preservar, por essa forma, a sua autonomia e atuar com espontaneidade no âmbito da relação cognitiva, impõe-se salientar que, mesmo assim, desde o início e definitivamente, o sujeito é determinado pelo objeto, pela simples razão de que – assim como a consciência é a consciência de algo –, também o conhecimento é sempre e necessariamente o conhecimento de algo, do objeto, externo e alheio ao sujeito, que está fora dele, que se lhe opõe e para ele permanece um outro, mesmo depois de ser apreendido pela consciência. Em razão disso, afirma-se que o objeto transcende o sujeito – em face do qual se mantém autônomo e independente –, uma assertiva que é válida para qualquer objeto do conhecimento, inclusive para os objetos ditos ideais, que nem pelo fato de serem puros entes de razão perdem aquela transcendência epistemológica em face do

sujeito que lhes dá existência. Destarte, a autonomia do objeto perante o sujeito cognoscente é um dado a priori ou, como salientado antes, verdadeira condição de possibilidade do evento cognitivo, que se nos apresenta como a apreensão das propriedades do objeto pelo sujeito, uma descrição fenomenológica que é válida tanto para o conhecimento que se obtém entre as ciências naturais, quanto para o que se produz no âmbito das chamadas ciências humanas ou ciências do espírito. Daí que, no âmbito da hermenêutica, não seja dado ao intérprete substituir a coisa interpretanda pela coisa interpretada. No caso da hermenêutica jurídica, não se permite ao intérprete trocar o texto “incômodo” por nenhum outro, que lhe permita alcançar objetivos que, sem essa trapaça, não conseguiria atingir.

Ciências: objeto material, objeto formal e método

Independentemente do setor da realidade com que trabalham e dos respectivos procedimentos de indagação e de validação, todas as ciências constituem-se de três elementos essenciais: objeto material, objeto formal e método. O objeto material, como o próprio nome sugere, é a matéria sobre a qual o cientista faz incidir o foco das suas investigações; o objeto formal, a seu turno, é o ângulo, a perspectiva ou o ponto de vista sob o qual o cientista encara o setor da realidade de que se “apossa” para desenvolver as suas investigações; o método, afinal, como revela a etimologia dessa palavra, é o “caminho” – pavimentado de processos e técnicas, assim como de regras explícitas e formais –, que o cientista deve percorrer para chegar ao “seu” objeto. O conhecimento científico, já se disse, é aquele criticamente adquirido e sistematicamente organizado. Aplicados esses conceitos às diversas “ciências” do direito, tem-se que o objeto material desses múltiplos saberes jurídicos é a “coisa” direito, aquilo que ao longo da história tem sido vivenciado como experiência jurídica. Objetos formais serão os múltiplos aspectos dessa realidade – as dimensões fática, axiológica e normativa dessa humana experiência –, a que correspondem, como indagações distintas e autônomas, respectivamente, a Sociologia Jurídica, a Filosofia do Direito e a Jurisprudência. O método, afinal, é o método jurídico, constituído pelas técnicas e procedimentos de que se valem os juristas para apreender/trabalhar a “coisa jurídica”, aí incluído o próprio “jogo de linguagem” do direito, pois toda ciência precisa de uma linguagem própria, sem a qual o saber não se constitui e não se comunica.

Noutros termos, próprios do vocabulário de Wittgenstein, dir-se-ia que para nos situarmos no mundo do direito e compreendermos o significado dos conceitos jurídicos, para termos acesso a essa esfera do real, devemos participar do seu jogo de linguagem, cuja compreensão, de sua vez, pressupõe certas vivências-chave, até porque o elemento normativo não se pode mostrar de modo palpável, como se mostram os objetos perceptíveis pelos sentidos¹⁸.

Pela sua importância, como verdadeira condição de possibilidade do conhecimento científico, a expressão jogo de linguagem não pode ser incorretamente compreendida, como se com ela se aludisse simplesmente a um jogo com a linguagem, a um fazer malabarismos com palavras. Um jogo de linguagem, tal como deve ser corretamente entendido, é o modo especial como – dentro de certa linguagem – se fala de determinado setor de coisas ou âmbito de experiência. Tais setores são, por exemplo, a natureza inanimada e a natureza viva, a técnica, a arte, ou mesmo o Direito. Numa linguagem, fala-se sempre sobre algo.

A compreensão por intermédio da linguagem é compreensão de uma coisa que é trazida à linguagem. A coisa de que se fala na linguagem normativa da Jurisprudência é a coisa Direito¹⁹.

O método científico

Conceituado o método científico *tout court* como um “procedimento de investigação organizado, repetível e autocorrigível”²⁰, impõe-se observar, desde logo, que esse gênero comporta duas grandes espécies – explicação e compreensão – e que toda opção metodológica é imposta pela natureza do objeto da investigação. Daí a advertência de Gadamer, citando Aristóteles, de que a ideia de um método único, que se possa determinar antes de investigar a coisa, constitui uma perigosa abstração, pois é o próprio objeto que deve determinar o método apropriado para investigá-lo²¹. Aceita, em princípio, essa colocação, temos que nos dar conta, no entanto, de que ela nos encerra num círculo vicioso, na medida em que é só pelo método que nós “caminhamos” até o objeto, mas é preciso conhecermos previamente esse objeto a fim de escolher o modo adequado para chegar até ele.

Posta a questão nesses termos, forçoso é reconhecer que “o método não pode explicar a eleição do método e que não devemos esperar verdades profundas da parte da metodologia.”²² A saída parece residir, então, na ideia de pré-compreensão, a nos dizer que qualquer pergunta já envolve, de certa forma, a intuição do perguntado, ou seja, que é preciso, desde logo, termos alguma noção, mesmo vaga e imprecisa, do que seja a “coisa direito” para só depois escolher o melhor caminho para chegar até ela. Nesse sentido, o conhecimento do objeto jurídico precede a escolha do método adequado para investigá-lo²³.

Em tal cenário, é fecunda, além de ilustrativa e interessante, a “viagem” sugerida por Recaséns Siches para que se localize, no universo das diversas regiões ônticas, aquela em que “mora” o ente jurídico, uma caminhada que, necessariamente, pressupõe alguma orientação prévia, sob pena ficarmos parados ou partirmos “em todas as direções” e não chegarmos a lugar nenhum. Ao fim da sua caminhada, que se inicia pela natureza física e passa pela natureza psíquica, esse mestre o raciovitalismo acaba localizando – não seria “pondo”? – o direito no mundo da cultura, como “pedaço de vida humana objetivada”, à semelhança de outros produtos espirituais, como a ciência, a arte, a técnica e tudo o mais imaginado pelo homo sapiens e produzido pelo homo faber.²⁴ Essa direção prévia – sem a qual é impossível até mesmo iniciar-se a busca pelo direito e que se acha vagamente traçada em nossa mente –, essa rota formou-se com a nossa humana vivência/experiência como seres “imersos” ou “jogados” no mundo – o heideggeriano Dasein ou ser-aí –, cujo existir consiste em ir topando nas coisas e aprendendo com essas topadas²⁵. Encontrado o ente jurídico como pedaço de vida humana objetivada imerso no mundo da cultura, no mundo das realidades referidas a valores – o que significa dizer nem coisa bruta nem puro valor –, nos damos conta de que as coisas humanas, porque dotadas de sentido ou significação, não podem ser conhecidas em sua essência, em seu ser autêntico, em sua ipseidade, se usarmos as categorias e os métodos manejados pelas ciências da natureza, como a física, a química ou a biologia, por exemplo. Afinal, já se afirmou com razão que os homens, todos nós, somos animais interpretativos, produtores e caçadores de significados, não tendo nada que se possa fazer para corrigir esse defeito congênito²⁶.

Os fenômenos da natureza se conhecem na medida em que os explicamos do ponto de vista da causalidade, ou seja, como efeito de um conjunto de causas e, por sua vez, com causa de efeitos posteriores, nada havendo mais para dizer a seu respeito. São coisas explicáveis, mas não inteligíveis, precisamente porque desprovidas de sentido. É possível e mesmo provável que para Deus a natureza tenha o sentido que Ele lhe atribuiu como seu Criador, mas isso escapa por completo ao conhecimento físico. É também possível – e isso frequentemente acontece – que uma paisagem tenha sentido para a pessoa que a contemple, mas, não nos enganemos, esse sentido não pertence à paisagem como realidade física, em si e por si, antes se referindo à vivência humana suscitada pela paisagem.²⁷ Já os fatos humanos, a conduta humana, assim como as obras criadas pelos homens, além das causas que as engendram, e dos efeitos que provocam, têm algo mais que não possuem os meros fatos da pura natureza: esses fatos têm sentido, significado ou significação.

Em síntese, como dizia Dilthey, enquanto a natureza se explica o homem se compreende, entendendo-se por compreensão aquele ato gnosiológico que consiste em captar, por trás da materialidade das obras ou das condutas, o sentido que os anima como realidades referidas a valores ou formas significativas.

Assim, enquanto a explicação prossegue, sem cessar, na mesma direção assinalada pelo seu momento de partida (e.g. dos efeitos às suas causas e destas às respectivas causas, e assim cada vez mais longe; ou do todo às suas partes e assim cada vez a algo mais simples), a compreensão, ao contrário, ao avançar depois da primeira referência, retorna ao ponto de partida e daqui, outra vez, ao antes referido, num círculo infinito que vai do substrato ao seu sentido e vice-versa. No conhecimento por explicação, qualquer retrocesso na direção seguida pelo espírito cognoscente é um recomeço que não aumenta o conhecimento, pois o que já foi explicado ficou totalmente conhecido, o que se perguntou à natureza, sob a forma de experimento, ela respondeu definitivamente. Na compreensão, diversamente, tal como ao se avançar numa circunferência volta-se, sem parar, de uma antípoda à outra, vê-se que todo retorno em direção à etapa precedente aumenta o conhecimento por compreensão, levando-o sempre mais adiante²⁸.

FILOSOFIA GERAL E FILOSOFIA DO DIREITO. AS QUESTÕES FUNDAMENTAIS DA FILOSOFIA E SUA FORMULAÇÃO NOS DOMÍNIOS DA FILOSOFIA DO DIREITO. ONTOLOGIA, GNOSIOLOGIA E AXIOLOGIA JURÍDICAS

Filosofia geral e filosofia do direito

Admitindo-se que o estudo da filosofia do direito, como, de resto, o de toda filosofia particular ou especial, pressupõe, se não o domínio, pelo menos algum conhecimento dos problemas fundamentais com que se defronta a filosofia geral ou filosofia *tout court* – os problemas ontológico, gnosiológico, axiológico e metafísico –, acreditamos que estas nossas reflexões devam começar pela aceitação de que as indagações básicas formuladas nos domínios da filosofia do direito apenas reproduzem – *sub specie juris* – aqueles problemas maiores, aos quais os que pensam o direito procuram dar respostas consistentes e temporalmente adequadas.

Disso resulta que, a cada disciplina ou ramo da filosofia geral deva ou, pelo menos, possa corresponder, *mutatis mutandis*, certa ordem de indagações nos

domínios da filosofia do direito – designadamente, uma ontologia, uma gnosiologia e uma axiologia jurídicas – em cujo âmbito são discutidos, filosoficamente, os princípios supremos do direito e os problemas jurídicos fundamentais.

Obviamente, não se propõe, nesse domínio particular, nenhuma resposta para a indagação metafísica sobre o ser enquanto ser, sobre o ser em si, porque, conforme adverte Cabral de Moncada, o problema metafísico, pela sua magnitude, não é um problema de Filosofia Jurídica, a qual há de ser chamada simplesmente para colaborar na sua formulação e eventual solução, no âmbito de uma concepção unitária metafísica da vida e do mundo – o problema do Absoluto -, onde igualmente deve-se achar um lugar para o direito e para a nossa visão a seu respeito²⁹. Como, por outro lado, a discussão desses temas, em perspectiva filosófico-jurídica, não os afasta das preocupações filosóficas em geral – até porque envolvem questões fundamentais da existência humana -, permanecem eles, digamos, sob o “jugo” da filosofia, como saber radical, autônomo e pantônomo, um saber universal e sem pressupostos, como o qualificou Ortega y Gasset³⁰; como especulação, enfim, que se debruça sobre a totalidade abarcante em busca da sua verdade última, menos para dar respostas – sabidamente sempre contingentes e transitórias -, às dúvidas que suscita, do que para refazer, em perspectiva historicamente adequada, as mesmas e eternas perguntas sobre o ser, o conhecer e o valor, em sua referência à criatura humana, até hoje “espantada”, “perplexa” e “estremecida” diante daquelas indagações fundamentais³¹.

Aceita essa abordagem sobre as relações entre a filosofia geral e a filosofia do direito, cumpre caracterizarmos, inicialmente, os objetos formais da ontologia, da gnosiologia e da axiologia jurídicas, isto é, as perspectivas ou os pontos de vista, necessariamente parciais, sob os quais essas disciplinas filosófico-jurídicas – nisso reputadas autônomas e distintas -, encaram a coisa direito, como objeto material, que lhes é comum, para, afinal, tentarmos re-unificar esses mesmos enfoques parciais em perspectiva totalizadora, filosófica portanto, que evidencie a unidade essencial da experiência jurídica como fato histórico-cultural.

Noutras palavras, distinguir para unir, como ensinava Maritain, ao salientar que “ninguém conhece verdadeiramente a unidade se ignora a distinção”, uma advertência que devemos ter presente em todos os domínios da experiência humana.³² Igual procedimento haveremos de adotar – sem perder de vista a sua unidade substancial – se quisermos “isolar”, para análises específicas, os distintos fatores ou momentos da experiência jurídica, que é essencialmente dialética, porque só assim conseguiremos discriminar as diferentes ciências do direito, as diversas disciplinas, inclusive as de índole filosófica, que a partir de um objeto material comum – o direito ou a experiência jurídica em sua totalidade -, delimitam perspectivas ou campos de pesquisa cientificamente autônomos.³³ Em síntese, parte-se do uno e ao uno se retorna, mas não de forma circularmente estéril, pois os resultados das indagações sobre cada fragmento analisado – na exata medida em que evidenciarem as suas íntimas conexões -, revelarão não apenas a essência do fenômeno estudado, mas também a consistência da sua apreensão e o lugar que lhe cabe – como objeto de conhecimento -, na tipologia dos objetos científicos em geral, ou, se preferirmos, no quadro das diferentes ontologias regionais, onde “moram” os distintos entes que intentamos conhecer/apreender.

Ilustrativamente, sobre a coisa direito – porque hoje a todos se apresenta como criação do homem, racionalmente produzida ou simplesmente revelada

no curso da experiência social –, sobre essa coisa existe acordo em situá-la na região dos objetos culturais, onde “residem” as realidades significativas – positiva ou negativamente valiosas –, que exigem compreensão para se darem a conhecer, nisto se distinguindo, essencialmente, dos fenômenos da natureza, que, já o vimos, habitam o universo físico e têm na explicação o método adequado ao seu conhecimento.

As questões fundamentais da filosofia do direito e sua formulação nos domínios da filosofia do direito. Ontologia, gnosiologia e axiologia jurídicas

Se, como afirmamos acima, o estudo das questões mais importantes da filosofia jurídica exige, se não o domínio, pelo menos algum conhecimento – uma pré-compreensão – acerca das indagações fundamentais, que se formulam, em perspectiva universal e totalizadora, no âmbito filosófico em geral, então se torna indispensável esclarecermos, preliminarmente, ainda que em termos sumários, qual a temática dessas três partes da filosofia *tout court* – a ontologia, a gnosiologia e a axiologia – porque disso resultará evidenciado, por via de consequência, o objeto próprio da ontologia, da gnosiologia e da axiologia especificamente jurídicas.

Sendo a filosofia, como já observamos, citando Ortega y Gasset, um saber autônomo, um saber que não tem pressupostos, porque lhe cabe definir não apenas os seus próprios pressupostos, mas também as condições de possibilidade do conhecimento em geral; e sendo, igualmente, um saber pantônomo, porque é a Ciência do todo ou de tudo quanto possa ser objeto de conhecimento, desde logo podemos dividi-la em dois grandes capítulos – a ontologia e a gnosiologia – em cujos âmbitos se estudam, respectivamente, os objetos e o conhecimento dos objetos, ou seja, o ser e o conhecer das coisas.

Como, por outro lado, além dessas duas indagações fundamentais, outra se impõe, igualmente radical, sobre o valor ou o sentido último da “totalidade abarcante” para a nossa existência, a filosofia compreende, também, uma terceira ordem de estudos, de formulação recente, aliás, a teoria dos valores ou axiologia, em cujo domínio se procede ao “isolamento” da noção geral de valor, do valor em si mesmo ou como tal, para analisá-lo sob múltiplos aspectos – ontológico, gnosiológico, antropológico e teológico, por exemplo – e formular respostas, tanto quanto possível satisfatórias, para estas perguntas, também fundamentais, sobre o que são os valores; que espécie de ser lhes corresponde; qual a estrutura ôntica desta classe de objetos ideais, parecidos com os números, que povoam a nossa consciência espiritual e que parecem não ser meramente subjetivos, mas têm uma objetividade própria; que espécies e categorias há de valores e qual a sua respectiva dignidade ou hierarquia; que meios de conhecimento temos para os apreender; e, finalmente, sobre a relação deles com o homem, com a vida, com o espírito, com Deus.³⁴ Quanto à radicalidade do saber filosófico, como esclarece Ortega y Gasset, isso consiste em que as reflexões dos filósofos, diversamente do pensamento vulgar ou ingênuo, não se detêm na superfície da realidade, antes se aprofundam até o seu âmago, na ânsia por desvelar as suas estruturas fundamentais:

Solo hay una actividad en que el hombre puede ser radical. Se trata de una actividad en que el hombre, quiera o no, no tiene más remedio que ser radical: es la filosofía. La filosofía es formalmente radicalismo porque es el esfuerzo para descubrir las raíces de lo

demás, que por sí no las manifiesta, y en este sentido no las tiene. La filosofía proporciona a hombre y mundo sus defectivas raíces³⁵.

Quanto à pretensão da filosofia de se constituir num saber fundante de si mesmo e de todos os demais saberes – uma espécie de conhecimento antes do conhecimento –, há muito que essa postura vem sofrendo críticas severas, sobretudo dos heideggerianos, fortes na tese de que quaisquer reflexões – sejam elas ingênuas ou refinadas, de carvoeiros ou de filósofos –, todas pressupõem um prévio estar-no-mundo, que as precede e condiciona.³⁶ Noutras palavras, embora aspire a se constituir como saber primeiro, em verdade a filosofia não parte do nada porque, quando começa a refletir, já está investida na compreensão do ser por intermédio do Dasein, que a Analítica, na condição de Ontologia Fundamental, investiga e revela como um ente ou ser-no-mundo, um ser que independentemente da sua vontade é “jogado” no aí – como os filhotes da gata são “dados à luz” ou jogados no mundo –, mundo no qual esse ente restará “imerso” por todo o curso da sua existência³⁷.

Em suma, por força da natureza das suas reflexões como saber primeiro e radical, a própria filosofia acaba sendo obrigada a repelir fundamentos inconcussos ou razões inaugurais, porque descobre, ela mesma, que não existe conhecimento absoluto no ponto de partida³⁸. Nesse mesmo sentido, costuma-se dizer que, assim como a poesia épica, também a filosofia começa do meio, que o seu começo não é absoluto, porque ela não está desvinculada de certa tradição; como a hermenêutica do Dasein, a filosofia já pressupõe uma situação de fato, a facticidade, por onde deve começar.

Essa a razão da crítica fundamental da Habermas à soberba da filosofia porque, para ele, ao insistir na pretensão de se constituir num conhecimento antes do conhecimento ou um conhecimento do conhecimento, ela delimita entre si e as ciências um espaço próprio, do qual se vale para exercer funções de dominação. Ao pretender aclarar de uma vez por todas os fundamentos da ciência e definir, também de uma vez por todas, os limites do experimentável, a filosofia se considera habilitada a indicar às ciências o seu lugar. Ora, parece que esse papel de definidor de lugar para os outros saberes há muito excedeu às suas forças, embora disso a filosofia, ao que parece, ainda não se tenha dado conta³⁹.

Demarcadas as três grandes ordens de indagações em que se divide o trabalho filosófico – ontologia, gnosiologia e axiologia – e sabendo-se que essa tricotomia básica encontra correspondência ou se projeta no âmbito das reflexões sobre a coisa direito, então podemos conceituar a ontologia jurídica como a parte da filosofia do direito onde se indaga sobre a essência desse fenômeno; a gnosiologia jurídica, como a ordem de estudos voltada à questão do conhecer do direito; e, finalmente, a axiologia jurídica, como o lugar teórico em que se discute o valor do direito ou o seu valer para a existência humana.

OS PLANOS E ÂMBITOS DO CONHECIMENTO DO DIREITO. O SER E O CONHECER DO DIREITO. AS DIVERSAS “CIÊNCIAS” DO DIREITO E A UNIDADE DO SABER JURÍDICO

Admitindo-se que esses recortes da realidade são procedimentos epistemológicos necessários ao estudo de qualquer fenômeno, até porque parece corresponder à natureza do real se nos apresentar sob aspectos múltiplos e variados

– nessa perspectiva, dir-se-ia que os entes são as diversas moradas do ser – e que essa fragmentação do mundo não compromete, antes reforça, a unidade essencial das coisas estudadas, pois, repita-se com Maritain, “ninguém conhece verdadeiramente a unidade se ignora a distinção”, devemos distinguir, igualmente, já agora nos domínios do saber jurídico, as diferentes formas de conhecimento do direito, como nos propõe Miguel Reale, *verbis* :

O Direito é, por certo, um só para todos os que o estudam, havendo necessidade de que os diversos especialistas se mantenham em permanente contato, suprimindo e completando as respectivas indagações, mas isto não quer dizer que, em sentido próprio, se possa falar numa única Ciência do Direito, a não ser dando ao termo “Ciência” a conotação genérica de “conhecimento” ou “saber”, suscetível de desdobrar-se em múltiplas “formas de saber”, em função dos vários “objetos” de cognição que a experiência do Direito logicamente possibilita⁴⁰.

Em conformidade com essa orientação epistemológica, o mestre do tridimensionalismo jurídico concreto nos apresenta um “esquema ordenatório” das diferentes formas de conhecimento do direito, nos planos transcendental ou filosófico e empírico ou científico-positivo, discriminando, a seguir, os diferentes saberes ou disciplinas que têm a experiência jurídica como objeto material comum, mas que se distinguem, nesses dois planos, segundo a perspectiva ou o ponto de vista adotados na apreensão do Ser do Direito.⁴¹ Dado que, por outro lado, fato, valor e norma, mais do que simples elementos, são dimensões que representam qualidades essenciais da experiência jurídica, pode-se dizer, novamente com Reale, que todo conhecimento do Direito é necessariamente tridimensional; que em cada ciência particular, o que se verifica é apenas um predomínio de pesquisa em função de uma dessas dimensões, distinguindo-se as respectivas indagações tão-somente pelo sentido do seu desenvolvimento; e que, finalmente, sob essa ótica, a Ciência do Direito é uma disciplina de natureza normativa porque suas análises verticalizam-se no momento da normatividade, do mesmo modo que a facticidade é o momento último da Sociologia Jurídica⁴². Ainda em palavras desse jurista filósofo, dada a sua co-implicação essencial em todas as formas de experiência jurídica, fato, valor e norma devem, em suma, estar sempre presentes em qualquer indagação sobre o Direito, respectivamente, como momento dos outros dois fatores. Desse modo, a Sociologia Jurídica, que cuida das condições empíricas da eficácia do Direito, não pode deixar de apreciar a atualização normativa dos valores no meio social. Poder-se-ia dizer que o sociólogo do Direito, recebendo os valores e as normas como experiência social concreta, tem como meta de sua indagação o fato da efetividade dos valores consagrados em normas positivas, ao passo que o jurista, como tal, considera valor e fato em razão da normatividade, a qual é o seu objetivo específico. Já o filósofo do Direito, por outro lado, indaga das condições transcendental-axiológicas do processo empírico da vigência e da eficácia⁴³. Trata-se de uma posição que, de resto, encontrou reconhecimento e receptividade entre os mais importantes jurisfilósofos contemporâneos, desde o clássico Recaséns Siches, que declara haver assumido o tridimensionalismo jurídico do saudoso jurista filósofo brasileiro, até o moderno e já consagrado Elías Díaz, que, sob o sugestivo rótulo a dialética concreta entre norma e decisão, desenvolve sólidas considerações, referidas a seguir, sobre a

integração fático-axiológico-normativa como procedimento indispensável para uma compreensão integral do fenômeno jurídico.

A possibilidade de coordenar correta e coerentemente essas três perspectivas das normas – validade, eficácia, legitimidade – a possibilidade de coordenar as exigências da Ciência jurídica com as da Sociologia e da Filosofia do Direito, constituirá a base para esse pluralismo metodológico próprio de nosso tempo. (...) As normas aparecem, assim, como fatos dotados de certo sentido sociológico (segundo os fatores sociais de todo tipo que condicionam dita normatividade), e como fatos carregados de valores, nunca neutros ou indiferentes a eles, mas sim compreensíveis sempre em conexão com uma determinada concepção do mundo ou um sistema de legitimidade. A investigação-interpretação e a aplicação-realização do Direito deverão ter em alta conta essas dimensões presentes em toda normatividade, dimensões desde as quais se constrói e reconstrói, como crítica e dinâmica totalização, a realidade jurídica.⁴⁴ Posta assim a questão, podemos dizer que a essência do Direito, em seu modelo permanente, apresenta três aspectos, dimensões ou momentos, embora se trate de uma unidade ontológica, plena e incindível, só fracionável idealmente para efeito de análise por todos quantos se dediquem à sua investigação.

Não é somente um fato social, nem tampouco apenas um conjunto de normas que se impõem a todos sob a ameaça de sanções socialmente organizadas. É, também, a realização, no plano histórico e social, de uma tábua de valores, que fundamentam e legitimam essa coercibilidade numa sociedade democrática, aberta e pluralista.

Portanto, para que se fale em Direito, na plenitude de seu significado, é preciso que se tenha presente a eficácia de certas normas de comportamento, formalizadas segundo regras preestabelecidas, e legitimadas pela aderência a certos padrões de justiça ditados pela consciência social e histórica da humanidade.

A partir dessa visão unitária e totalizante do fenômeno jurídico, podemos apreender o direito debaixo das três perspectivas – fática, axiológica e normativa –, que põem em evidência as dimensões essenciais desse “pedaço de vida humana objetivada” que chamamos de “experiência jurídica”.

HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL. CONCEITO, CARACTERÍSTICAS, MÉTODOS, PRINCÍPIOS E LIMITES DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL. MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL: CONCEITO, ESPÉCIES E LIMITES

Conceito de interpretação constitucional

Como toda interpretação jurídica, de que é a espécie mais relevante, a interpretação constitucional é a atividade que consiste em fixar o sentido das normas da lei fundamental – sejam essas normas regras ou princípios -, tendo em vista resolver problemas práticos, se e quando a simples leitura dos textos não permitir, de plano, a compreensão do seu significado e do seu alcance. Noutras palavras, essa interpretação se impõe e tem início onde e quando a compreensão direta dos enunciados constitucionais já não está ao alcance da mão, provocando nos seus tradutores uma sensação de estranheza ou de mal estar hermenêutico. Em poucas palavras, o trabalho de interpretação da Constituição tem início quando se frustra a comunicação direta com o seu texto e ele já não responde as perguntas dos seus leitores.

Características da interpretação constitucional

À semelhança, igualmente, da interpretação levada a efeito nos outros ramos do direito, a interpretação constitucional possui as características comuns à tarefa hermenêutico-jurídica, em geral – linguisticidade, literalidade, objetividade, necessidade, contextualidade, e mutabilidade –, resumidas a seguir.

Linguisticidade

É preciso entender a linguagem da norma constitucional, que há de ser comum a todos os seus destinatários – legislador, juiz e comunidade –, sob pena de se frustrarem os seus objetivos. Quem fala uma linguagem que mais ninguém fala, rigorosamente não fala⁴⁵.

Literalidade

Toda interpretação de um enunciado começa pela captação/revelação do seu sentido literal. Só depois, advertido de que essa primeira leitura pode estar equivocada – porque decorrente da sua pré-compreensão, e surpreendido com o aparecimento de sentidos outros sequer imaginados – só então é que o intérprete põe em dúvida aquela compreensão inicial e se abre para entendimento diverso, num fecundo diálogo que tem início consigo mesmo, mas logo se abre à infinidade de interlocutores que constituem seu entorno ou circunstância. Um debate, portanto, entre a consciência jurídica individual e a consciência jurídica geral, tal como interagem a língua e a fala⁴⁶.

Objetividade

Objeto da interpretação é o feito e o falado, não uma suposta vontade ou intenção, quer do legislador, quer da lei, até porque o intérprete não é um psicanalista que deva buscar, por traz dos enunciados, algo que eventualmente eles estejam a “esconder”. Só as intencionalidades que se objetivaram e na forma em que efetivamente se objetivaram, são trabalhadas pelos intérpretes e aplicadores do direito em todos os domínios da experiência jurídica⁴⁷.

Necessidade

Toda norma, por sua condição de síntese, que integra e supera tensões fático-axiológicas, por interferência decisória do Poder, em dado momento da vida social, precisa ser necessariamente interpretada, a fim de que, reconstituindo-se a sua gênese, possamos compreendê-la, verdadeiramente. A natureza das coisas é o seu nascimento⁴⁸.

Contextualidade

O “verdadeiro” sentido dos enunciados jurídicos emerge ou se define em cada situação hermenêutica, o que significa dizer que eles só se “revelam” no momento

da aplicação e que esse sentido varia continuamente, a compasso das alterações no prisma histórico-social de realização do direito⁴⁹.

Mutabilidade

Consequência dessa abertura para o mutante, toda interpretação é apenas um experimento em marcha, assim como a ideia de uma interpretação definitiva é uma contradição nos termos, porque a interpretação não tem ponto de chegada. Afinal, se tudo se transforma, se ninguém se banha duas vezes no mesmo rio, seria uma excrescência que só a vida do direito escapasse ao panta rhei da eterna transformação. Por isso, a ideia de um ponto final nesse processo, de uma interpretação definitiva, encerra uma contradição nos termos, pois toda interpretação é algo que está sempre a caminho, que não tem ponto de chegada⁵⁰.

As viragens de jurisprudência atestam que mesmo sem abrir mão dos valores da estabilidade e da segurança jurídica, que lhe são congênitos, o Direito pode alcançar o ideal de ser estável sem ser estático e dinâmico sem ser frenético⁵¹.

Afora todas essas características, que a interpretação constitucional comparte com as demais espécies de hermenêutica jurídica, ela tem a singularidade de trabalhar, essencialmente, com princípios ao invés de regras, o que significa dizer com textos de maior abertura semântica ou com excesso de significados, do que resulta naturalmente ampliada a criatividade dos seus operadores.

Métodos da interpretação constitucional

Em primeiro lugar, com apoio em Gomes Canotilho, para quem a questão do “método justo”, em direito constitucional, é um dos problemas mais controvertidos e difíceis da moderna doutrina juspublicística, devemos enfatizar que, atualmente, a interpretação das normas constitucionais é um conjunto de métodos e de princípios, desenvolvidos pela doutrina e pela jurisprudência com base em critérios ou premissas – filosóficas, metodológicas, epistemológicas – diferentes mas, em geral, reciprocamente complementares, o que só confirma o já assinalado caráter unitário da atividade interpretativa.

Em razão dessa variedade de meios hermenêuticos e do modo, até certo ponto desordenado, como eles são utilizados pelos seus operadores, o primeiro e grande problema com que se defrontam os intérpretes/aplicadores da Constituição parece residir, de um lado, e paradoxalmente, na riqueza desse repertório de possibilidades e, de outro, na inexistência de critérios que possam validar a escolha dos seus instrumentos de trabalho, nem resolver os eventuais conflitos entre tais instrumentos, seja em função dos casos a decidir, das normas a manejar ou, até mesmo, dos objetivos que pretendam alcançar em dada situação hermenêutica, o que, tudo somado, aponta para a necessidade de complementações e restrições recíprocas, de um ir e vir ou balançar de olhos entre objeto e método, tendo como eixo o valor justiça, em permanente configuração⁵².

Não por acaso, Gustavo Zagrebelsky afirma que não existe na literatura, nem na jurisprudência, uma teoria dos métodos interpretativos da Constituição, que nos esclareça se é possível e mesmo necessário adotar um método previamente estabelecido ou uma ordem metodológica concreta, um dado de realidade que, se não configura lacuna inexplicável, por certo reflete a consciência de que não tem maior

significado nos aproximarmos da interpretação através dos seus métodos⁵³, ainda que a palavra método, como todos sabem, signifique, precisamente, o caminho a ser percorrido para se alcançar a verdade.

Em suma, desprovidos de uma teoria que lhes dê sustentação e consistência na seleção dos métodos e princípios que organizem o seu acesso à Constituição – um panorama “desolador”, no dizer de Raúl Canosa Usera⁵⁴ –, os intérpretes/aplicadores acabam escolhendo esses instrumentos ao sabor de sentimentos e intuições, critérios que talvez lhes pacifiquem a consciência, mas certamente nada nos dirão sobre a racionalidade dessas opções. É que, resume Giuseppe Zaccaria, o método não pode explicar a eleição do método⁵⁵.

Afinal de contas – para ficarmos apenas no âmbito das leituras da Lei Fundamental – o que significam, objetivamente, expressões tais como unidade da Constituição, concordância prática, interpretação conforme, exatidão funcional ou máxima efetividade, com que se rotulam os princípios da interpretação constitucional, se essas locuções, também elas, estão sujeitas a contradições e conflitos de interpretação⁵⁶?

A que resultados, minimamente controláveis, poderemos chegar partindo de métodos bastante assemelhados e cujos nomes, um tanto esotéricos – tópico-problemático, hermenêutico-concretizador, científico-espiritual ou normativo-estruturante, por exemplo –, mais confundem do que orientam os que adentram o labirinto da sua utilização?

Como aplicar, com um mínimo de segurança, o tão decantado e multifuncional princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade⁵⁷, essa espécie de vara de condão de que se valem as cortes constitucionais – e não apenas elas, diga-se de passagem –, para operar milagres que espantariam agnósticos, crentes e ateus? Como usar, enfim, a velha tópica jurídica, se não existe acordo nem mesmo sobre o que significam os seus topoi e se todos os que dela se utilizam o fazem na exata medida em que, para qualquer problema, essa vetusta senhora fornece enunciados ao gosto do freguês⁵⁸?

Apesar de todas essas incertezas, autores existem, hoje em maioria, que enaltecem as virtudes dessa riqueza instrumental com o argumento de que, em face da extrema complexidade do trabalho hermenêutico, todo pluralismo é saudável; não se constitui em obstáculo, antes colabora, para o conhecimento da verdade; e, racionalmente aproveitado, em vez de embarçar os operadores jurídicos, acaba ampliando o seu horizonte de compreensão e facilitando-lhes a tarefa de concretizar do direito⁵⁹. Nessa perspectiva, não passa de romantismo a ideia de um simplificador “retorno a Savigny”, cujos elementos ou métodos de interpretação, certamente, seriam insuficientes para decifrar uma realidade jurídica que vai se tornando cada vez mais complexa⁶⁰.

Por tudo isso, talvez se devesse reconhecer, sem constrangimentos lógicos ou axiológicos, que a serviço do direito tanto os fins parecem justificar os meios, quanto os meios justificar os fins, embora ninguém possa dizer, em sã consciência, qual deles deva ter precedência, nem tampouco como são manipulados pelos sujeitos da interpretação.

Com essas considerações, que servem de advertência sobre as dificuldades da interpretação constitucional, passemos ao exame dos principais métodos e princípios que balizam essa importante atividade hermenêutica, assinalando que o seu manejo, nem sempre de forma consciente, reflete a conexão – recíproca e constante

– entre objeto e método, no caso, entre os diferentes conceitos de Constituição, de um lado, e os distintos métodos e princípios da hermenêutica constitucional, de outro.⁶¹ Afinal, como ensina Gadamer, lembrando Aristóteles, “é o próprio objeto que deve determinar o método adequado para investigá-lo”⁶².

Quanto aos métodos de que se utilizam os intérpretes e aplicadores da Constituição, tal como recenseados, entre outros, por Böckenförde e Gomes Canotilho⁶³, são fundamentalmente o método jurídico ou hermenêutico-clássico; o tópico-problemático; o hermenêutico-concretizador; o científico-espiritual; e o normativo-estruturante, cujos traços mais significativos resumiremos a seguir, adiantando que todos eles, embora disponham de nomes próprios, em rigor não constituem abordagens hermenêuticas autônomas, mas simples concretizações ou especificações, no âmbito do direito constitucional, do método da compreensão como ato gnosiológico comum a todas as ciências do espírito⁶⁴.

Método jurídico ou hermenêutico-clássico

Para os adeptos desse método, a despeito da posição que ocupa na estrutura do ordenamento jurídico, a que serve de fundamento e fator de integração, a Constituição essencialmente é uma lei e, como tal, há de ser interpretada segundo as regras tradicionais da hermenêutica jurídica, articulando-se e complementando-se, para revelar o seu sentido, os mesmos elementos – genético, filológico, lógico, histórico e teleológico –, que são levados em conta na interpretação das leis, em geral.

Desconsiderado o caráter legal da Constituição e rejeitados, na sua interpretação, os métodos tradicionais desenvolvidos por Savigny – os únicos, para Forsthoft, que lhe preservam o conteúdo normativo e impedem a sua dissolução em considerações valorativas –, deixando de ser tratada como lei, a Constituição estaria sujeita a modificações subterrâneas, de viés interpretativo, que lhe ofenderiam o texto, onde não se contempla esse tipo de alteração; comprometeria a sua finalidade estabilizadora, de todo avessa a oscilações hermenêuticas; e, afinal, acabaria transformando o Estado de Direito num Estado de Justiça, em que o juiz, em vez de servo, faz-se “senhor da Constituição”⁶⁵.

Por tudo isso, para os críticos da autonomia da interpretação constitucional, se alguma particularidade existe na Constituição – o que admitem, em linha de princípio –, essa singularidade seria quando muito apenas um fator adicional, a ser considerado na exegese do texto e na construção do sistema, jamais um motivo para que, no manejo das normas constitucionais, se afastem os métodos clássicos de interpretação⁶⁶.

Trata-se de uma concepção hermenêutica baseada na ideia de verdade como conformidade ou, se quisermos, na crença metafísico-jurídica de que toda norma possui um sentido em si, seja aquele que o legislador pretendeu atribuir-lhe (*mens legislatoris*), seja o que, afinal e à sua revelia, acabou emergindo do texto (*mens legis*). Por isso, a tarefa do intérprete, como aplicador do direito, resumir-se-ia em descobrir o verdadeiro significado das normas e guiar-se por ele na sua aplicação⁶⁷.

Nenhuma dúvida, portanto, para os adeptos do método clássico, sobre as condições de possibilidade dessa descoberta, nem tampouco sobre o papel do intérprete nesse acontecimento hermenêutico; menos ainda sobre a inevitável criatividade do intérprete como agente redutor da distância entre a generalidade da norma e a singularidade do caso a decidir. No fundo, subjacente a tudo, a ideologia da

separação de poderes em sentido forte, a cuja luz o legislador é o soberano e o juiz apenas a boca que pronuncia as palavras da lei⁶⁸.

Método tópico-problemático

Aceitando, em contraposição a esse ponto de vista, que, modernamente, a Constituição é um sistema aberto de regras e de princípios, o que significa dizer que ela admite/exige distintas e cambiantes interpretações⁶⁹; que um problema é toda questão que, aparentemente, permite mais de uma resposta; e que, afinal, a tópica é a técnica do pensamento problemático⁷⁰, pode-se dizer que os instrumentos hermenêuticos tradicionais não resolvem as aporias emergentes da interpretação concretizadora desse novo modelo constitucional e que, por isso mesmo, o método tópico-problemático representa, se não o único, pelo menos o mais adequado dos caminhos para se chegar até a Constituição.

Em palavras de Böckenförde, dado o caráter fragmentário e, não raro, indeterminado da Constituição, é natural o uso do método tópico orientado ao problema, até para remediar a insuficiência das regras clássicas de interpretação e evitar o *non liquet*, que já não é possível pela existência da jurisdição constitucional⁷¹.

Noutro dizer, sendo a interpretação jurídica uma tarefa essencialmente prática – nesse domínio, compreender sempre foi, também, aplicar⁷² –, e tendo as normas constitucionais estrutura aberta, fragmentária e indeterminada, decorre daí que a sua efetivação exige, necessariamente, o protagonismo dos intérpretes/aplicadores, transformando a leitura constitucional num processo aberto de argumentação, do qual participam, igualmente legitimados, todos os operadores da Constituição.

Em suma, graças à abertura textual e material dos seus enunciados e ao pluralismo axiológico, que lhe são congêntos, a Constituição – como objeto hermenêutico – mostra-se muito mais problemática do que sistemática, o que aponta para a necessidade de interpretá-la dialogicamente e aceitar, como igualmente válidos até serem vencidos pelo melhor argumento, todos os topoi ou fórmulas de busca que, racionalmente, forem trazidos a confronto pela comunidade hermenêutica.

Por esse caminho, ademais, as contendas políticas são absorvidas e transformadas em simples conflitos de interpretação, o que, tudo somado, significa resguardar a Constituição contra inconformismos autoritários, pois todo aquele que participa do debate hermenêutico em torno da Constituição, ao menos moralmente, sente-se obrigado a respeitar o seu resultado, em vez de se voltar contra o objeto da interpretação⁷³.

Outro não é, aliás, o propósito de Peter Häberle quando afirma – em declarado conflito com Forsthoff⁷⁴ –, que se deve abrir a sociedade dos intérpretes da Constituição, para que a sua leitura, até hoje restrita às instâncias oficiais, se faça em perspectiva pública e republicana, pois, afinal, aquele que “vive” a norma acaba por interpretá-la ou, pelo menos, co-interpretá-la, e toda atualização da Constituição, por meio de qualquer indivíduo, constitui, ainda que parcialmente, uma interpretação constitucional antecipada⁷⁵.

Método hermenêutico-concretizador

O ponto de partida dos que recomendam essa postura hermenêutica, de resto pouco diferente do método tópico-problemático, é a constatação de que a leitura de qualquer texto normativo, inclusive do texto constitucional, começa pela

pré-compreensão do intérprete/aplicador, a quem compete concretizar a norma a partir de uma dada situação histórica, que outra coisa não é senão o ambiente em que o problema é posto a seu exame, para que ele o resolva à luz da Constituição e não segundo critérios pessoais de justiça.

Destarte, embora prestigiando o procedimento tópico orientado ao problema, os adeptos do método hermenêutico-concretizador procuram ancorar a interpretação no próprio texto constitucional – como limite da concretização –, mas sem perder de vista a realidade que ele intenta regular e que, afinal, lhe esclarece o sentido; noutras palavras, trata-se de uma postura que encontra apoio, dentre outras, nas seguintes descobertas hermenêuticas de Gadamer: interpretar sempre foi, também, aplicar; aplicar o direito significa pensar, conjuntamente, o caso e a lei, de tal maneira que o direito propriamente dito se concretize; e, afinal, o sentido de algo geral, de uma norma, por exemplo, só pode ser justificado e determinado, realmente, na concretização e através dela⁷⁶.

Em que pese a importância desse suporte filosófico, impõe-se reconhecer a grande dificuldade em se produzirem resultados razoavelmente consistentes à base dessa proposta hermenêutica, porque a pré-compreensão do intérprete, como tal, desde logo distorce não somente a realidade, que ele deve captar através da norma, mas também o próprio sentido da norma constitucional – de si multívoco –, sentido que ele deve apurar no incessante ou balançar de olhos entre o substrato e o sentido, nesse ir e vir que singulariza a dialética da compreensão como ato gnosiológico próprio das ciências do espírito.

Mesmo assim, acreditam os seus adeptos, se esse método for utilizado corretamente, ensejará concretizações minimamente controláveis, nas quais se evidenciem tanto as dimensões objetivas da atividade hermenêutica, emergentes do problema a resolver, quanto os seus aspectos subjetivos, traduzidos na pré-compreensão do intérprete sobre a norma e a situação normada.

Considerando, entretanto, que toda pré-compreensão, em certa medida, possui algo de irracional, pode-se dizer que, apesar dos seus esforços, os que propugnam por esse método, assim como os defensores do processo tópico-problemático, ficam a dever aos seus críticos algum critério de verdade que lhes avalize as interpretações, de nada valendo, para quitar essa dívida, apelarem para uma imprecisa e mal definida verdade hermenêutica, que pode ser muito atraente, como ideia, mas pouco nos diz sobre os alicerces dessa construção argumentativa.

Método científico-espiritual

Como toda direção hermenêutico-constitucional, também esta corrente tem como pressuposto determinada ideia de Constituição, um conceito que os seus adeptos adotam como fundamento e ponto de partida para definir o método que eles reputam adequado ao compreender constitucional.

Pois bem, o que dá sustentação material ao método científico-espiritual é, precisamente, a ideia de Constituição como instrumento de integração, em sentido amplo, vale dizer, não apenas do ponto de vista jurídico-formal, como norma-suporte e fundamento de validade do ordenamento, segundo o entendimento kelseniano, por exemplo, mas também – e principalmente –, em perspectiva política e sociológica, como instrumento de regulação (= absorção/superação) de conflitos e, por essa forma, de construção e de preservação da unidade social⁷⁷.

Daí nos dizer Rudolf Smend, a mais expressiva figura dessa escola, que a Constituição é a ordenação jurídica do Estado ou da dinâmica vital em que se desenvolve a vida estatal, isto é, o travejamento normativo do seu processo de integração, muito embora – esclarece esse publicista – o Estado não limite a sua “vida” somente àqueles momentos da realidade que são contemplados pela Constituição. Nesse sentido, assim como existem espaços livres do direito⁷⁸ e direito sem Estado⁷⁹, haveria, igualmente, espaços do Estado não alcançados pela normatividade constitucional, uma afirmação no mínimo polêmica, se tivermos em conta, como ensina Häberle, que se todo o poder do Estado provém dos cidadãos, que se encontram na comunidade, não restaria espaço para um poder estatal extra ou pré-constitucional, devendo a Constituição ser concebida como prévia ao Estado, apesar da importância que este possa ter e/ou conservar após a sua institucionalização⁸⁰.

Mesmo assim, ainda que se deva considerá-lo sempre como realidade juridicamente conformada, nem por isso podemos reduzir o Estado a uma totalidade imóvel, cuja única expressão externa consistiria em promulgar leis, celebrar tratados, prolatar sentenças ou praticar atos administrativos. Muito pelo contrário, ele há de ser visto, igualmente, como um fenômeno espiritual em permanente configuração, no âmbito de um processo que pode ser valorado, indistintamente, como progresso ou como deformação, pouco importa, até porque isso é da sua natureza.

Noutras palavras, o Estado é uma realidade – e assim deve ser considerado – que só existe e se desenvolve por conta dessa revivescência contínua, desse plebiscito diário, aquela imagem feliz de que se valeu Renan para explicar o surgimento e a continuidade das nações⁸¹, e que o próprio Smend revalorizou quando pôs em destaque que também a vida do Estado, como associação dos indivíduos que a ele se vinculam juridicamente, depende dessa eterna renovação de votos, desse permanente desejo de coesão⁸².

Quanto à Constituição, a seu turno, observa Smend que muito embora a sua peculiaridade jurídica resida, principalmente, na forma como ela articula os órgãos políticos do Estado, não é possível analisar tal peculiaridade apenas detalhando o seu catálogo de competências, nem tampouco avaliando, em perspectiva estritamente jurídico-formal, as relações que se estabelecem entre os diferentes órgãos da soberania. É preciso examinar, também, o peso específico que a própria Constituição – como norma de caráter essencialmente político⁸³ –, reconhece a cada um desses órgãos, com vistas ao processo global de integração, e não segundo as funções burocráticas que eventualmente eles possam desempenhar, em certo modelo de distribuição de competências.

Por tudo isso, arremata o mesmo publicista, essa combinação específica dos órgãos não constitui uma simples repartição de poderes, de maior ou menor alcance, mas uma repartição de participações, de índole bem diferente, no âmbito do sistema integrativo em que, afinal, se constitui o Estado⁸⁴.

De outra parte, sendo o direito constitucional uma positividade das possibilidades e funções próprias do mundo do espírito – um conjunto de normas que só se compreendem com referência a essas mesmas realidades espirituais, as quais, por seu turno, só se realizam, de forma plena e continuada, por força dessa positividade –, por tudo isso, não deve o intérprete encarar a Constituição como um momento estático e permanente da vida do Estado, e sim como algo dinâmico, que se renova continuamente, a compasso das transformações, igualmente constantes, da própria realidade que as suas normas intentam regular⁸⁵.

A essa luz, portanto, em que aparece como instrumento ordenador da totalidade da vida do Estado, do seu processo de integração e, também, da própria dinâmica social, a Constituição não apenas permite, como igualmente exige, uma interpretação extensiva e flexível, em larga medida diferente das outras formas de interpretação jurídica, sem necessidade de que o seu texto contenha qualquer ordenação nesse sentido.

Pelo contrário, é da natureza das constituições abarcarem os seus objetos de um modo simplesmente esquemático, deixando livre o caminho para que a própria experiência vá operando a integração dos variados impulsos e motivações sociais, de que se nutrem tanto a dinâmica política quanto, especificamente, a dinâmica constitucional. Daí se caracterizarem os enunciados constitucionais – nisso bem diferentes dos enunciados legais – precisamente pela sua elasticidade e capacidade de autotransformação, de regeneração e de preenchimento das próprias lacunas⁸⁶.

Em síntese, para os adeptos do método científico-espiritual – que é o das ciências da cultura, em geral –, tanto o Direito quanto o Estado e a Constituição são vistos como fenômenos culturais ou fatos referidos a valores⁸⁷, a cuja realização os três servem de instrumento. Entre tais valores, emerge a integração como o fim supremo, a ser buscado por toda a comunidade, ainda que, ao limite, como advertem os seus críticos, esse integracionismo absoluto possa degradar o indivíduo à triste condição de peça – indiferenciada e sem relevo –, da gigantesca engrenagem social.

Por tudo isso, impõe-se compensar esses excessos integracionistas reafirmando, uma vez mais, a dignidade humana como premissa antropológico-cultural do Estado de Direito e valor fundante de toda a experiência ética⁸⁸.

Método normativo-estruturante

Formulado e desenvolvido em plena vigência das ideias de Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer – relembre-se que, para Gadamer, interpretar sempre foi, também, aplicar, e que a tarefa da interpretação consiste em concretizar a lei em cada caso, ou seja, na sua aplicação⁸⁹ –, o método normativo-estruturante parte da premissa de que existe uma implicação necessária entre o programa normativo e o âmbito normativo, entre os preceitos jurídicos e a realidade que eles intentam regular, uma vinculação tão estreita que a própria normatividade, tradicionalmente vista como atributo essencial dos comandos jurídicos, parece ter-se evadido dos textos para buscar apoio fora do ordenamento e, assim, tornar eficazes os seus propósitos normalizadores.

Nesse sentido, ao discorrer sobre a normatividade, a norma e o texto da norma, Friedrich Müller dirá que a normatividade – pertencente à norma segundo o entendimento veiculado pela tradição –, não é produzida pelo seu texto, antes resulta de dados extralinguísticos de tipo estatal-social; do funcionamento efetivo e da atualidade efetiva do ordenamento constitucional perante motivações empíricas em sua área de atuação; de fatores, enfim, que mesmo se o quiséssemos, não teríamos como fixar no texto da norma, no sentido da sua pertinência.

Mais ainda, continua Müller, não é o teor literal de uma norma (constitucional) que efetivamente regulamenta um caso concreto, mas sim o órgão legislativo; o órgão governamental; o funcionário da administração pública; os juízes e tribunais, enfim, todos aqueles que elaboram, publicam e fundamentam a decisão reguladora do caso, providenciando, quando necessário, a sua implementação fática, sempre de

conformidade com o fio condutor da formulação linguística dessa norma (constitucional), e com outros meios metódicos auxiliares, que ajudam na sua concretização.

Mas não apenas isso comprova a não-identidade entre norma e texto da norma; a não-vinculação da normatividade a um teor literal fixado e publicado com autoridade. Essa não-coincidência, anota Müller, evidencia-se, também, pelo direito consuetudinário, cuja qualidade jurídica não se questiona pelo fato de não se apresentar sob a forma de textos emanados de qualquer autoridade.

Além disso, conclui esse emérito constitucionalista, mesmo no âmbito do direito vigente, a normatividade que se manifesta em decisões práticas não está orientada, linguisticamente, apenas pelo texto da norma jurídica concretizada; ao contrário, todas as decisões são elaboradas com a ajuda de materiais legais, de manuais didáticos, de comentários e estudos monográficos, de precedentes e de subsídios do direito comparado, quer dizer, com ajuda de numerosos textos, que não são nem poderiam ser idênticos ao teor literal da norma e, até mesmo, o transcendem⁹⁰.

Dessa forma, na tarefa de concretizar a Constituição – porque, nesse domínio, pela estrutura aberta e indeterminada dos preceitos constitucionais, a interpretação, retrospectiva, cedeu o lugar à prospectiva concretização⁹¹ –, o aplicador do direito, para fazer justiça à complexidade e magnitude da sua tarefa, deverá considerar não apenas os elementos resultantes da interpretação do programa normativo, que é expresso pelo texto da norma, mas também aqueles que decorram da investigação do seu âmbito normativo, elementos que também pertencem à norma, e com igual hierarquia, enquanto representam o pedaço da realidade social que o programa normativo “escolheu” ou, em parte, criou para si, como espaço de regulação. Em síntese, no dizer de Müller, o teor literal de qualquer prescrição de direito positivo é apenas a “ponta do iceberg”⁹²; todo o resto, talvez a parte mais significativa, que o intérprete-aplicador deve levar em conta para realizar o direito, esse âmbito de incidência é constituído pela situação normada, na feliz expressão de Miguel Reale⁹³.

Refletindo, igualmente, essa nova postura hermenêutica, Konrad Hesse – a quem se deve a mais sólida contribuição para o êxito dessa linha de pensamento – nos dirá que a interpretação constitucional é concretização; que precisamente aquilo que não aparece, de forma clara, como conteúdo da Constituição, é o que deve ser determinado mediante a incorporação da realidade, de cuja ordenação se trata; que o conteúdo da norma interpretada só se torna completo com a sua interpretação e, assim, não pode realizar-se baseado apenas nas pretensões contidas nas normas – exigências que se expressam, em regra, através de enunciados linguísticos –, ainda mais quando o texto dessas normas se mostrar genérico, incompleto e indeterminado; que, para dirigir a conduta humana em cada situação, a norma, mais ou menos fragmentária, precisa de concretização, o que só será possível se nesse processo forem levadas em consideração, junto ao contexto normativo, também as peculiaridades das concretas relações vitais, que essa norma pretende regular; e que, enfim, à vista disso tudo – arremata Hesse –, o processo de realização das normas constitucionais não pode desprezar tais particularidades, sob pena de fracassar diante dos problemas que elas são convocadas a resolver⁹⁴.

Método da comparação constitucional

Reportando-se aos quatro “métodos” ou elementos desenvolvidos por Savigny – gramatical, lógico, histórico e sistemático –, Peter Häberle defende a “canonização”

da comparatística como “quinto” método de interpretação, se não para o direito, em geral, ao menos e tendencialmente para a compreensão do moderno Estado constitucional, cuja geografia jurídica – como diria Marc Ancel⁹⁵ – demanda instrumentos de análise significativamente distintos dos métodos clássicos de interpretação⁹⁶.

Apesar das virtualidades dessa nova proposta hermenêutica e da indiscutível fecundidade do comparatismo para a compreensão de normas e sistemas jurídicos, e não apenas os de relevo constitucional – uma realidade evidenciada pela expansão e consolidação do direito comparado em todas as grandes famílias jurídicas⁹⁷ –, mesmo assim parece-nos forçado considerar essa ordem de estudos como critério ou método autônomo de interpretação constitucional.

Com efeito, sendo o direito comparado, essencialmente, um processo de busca e constatação de pontos comuns ou divergentes entre dois ou mais direitos nacionais⁹⁸ –, uma tarefa que, nos domínios do direito constitucional, pressupõe o estudo separado, ainda que simultâneo, dos textos e contextos constitucionais em cotejo – então parece lógico que, para compreender e, a seguir, poder confrontar os diferentes sistemas constitucionais, os comparatistas devam utilizar, inicialmente, os mesmos métodos e princípios de interpretação de que se valem os constitucionalistas, em geral, sem o que não conhecerão aquilo que pretendem cotejar. Por isso é que, a nosso ver, a comparação – como tal –, não configura nenhuma proposta hermenêutica que se possa reputar independente, quer no âmbito filosófico, quer no estritamente jurídico. Quando muito, será um recurso a mais, entre tantos outros, a ser utilizado pelo intérprete da Constituição para otimizar o seu trabalho hermenêutico. Nesse sentido, lembre-se, com Martin Kriele, que a pluralidade de métodos converte-se em liberdade do juiz⁹⁹.

Abstração feita de notas específicas, que permitam apontar as poucas diferenças existentes entre os vários métodos de interpretação constitucional, impõe-se-lhes uma crítica, de ordem geral, como a que lhes dirigiu Böckenförde ao dizer que – exceção feita, talvez, às ideias de Friedrich Müller –, as demais propostas hermenêuticas acabam por degradar a normatividade da Constituição, um efeito perverso que não decorre de eventuais insuficiências ou imprecisões dos próprios métodos, mas, antes, da estrutura normativo-material da Constituição e da falta de ancoragem, evidente em todas essas propostas, em uma teoria da Constituição constitucionalmente adequada, vale dizer, em uma teoria da Constituição que tenha como ponto de partida a Constituição mesma e, como objetivo, a realização dos seus preceitos. Mais ainda, como todos os concretizadores proclamam que a norma não é o pressuposto, mas o resultado da interpretação, torna-se-lhes difícil, quase impossível, estabelecer a priori o que é mesmo a Constituição, para, em seguida, extrair do seu texto – aberto e indeterminado por natureza – significados que se possam considerar minimamente vinculantes.

Aquí, mais uma vez, como registra Böckenförde, evidencia-se a dependência recíproca entre objeto e método, do que resulta que toda discussão metodológica sobre interpretação constitucional implique, também e ao mesmo tempo, uma incontornável discussão sobre os conceitos e teorias da Constituição; e, ainda, que as pré-decisões tomadas num desses âmbitos repercutam, necessariamente, sobre os outros¹⁰⁰.

Em suma, não dispondo de uma teoria da Constituição, que dê suporte e direção ao processo interpretativo, nem podendo legalizar (= reduzir à condição de lei) o texto da Constituição, para fechar e, assim, facilitar a sua compreensão, todos

os operadores constitucionais, em certa medida, se veem perdidos no labirinto da interpretação e, tendo de escolher um dos caminhos, acabem seguindo aquele que lhes aponta a sua pré-compreensão. Esta, por sua vez, precisando racionalizar-se de antemão – se não para vencer, ao menos para reduzir os efeitos nocivos dos pré-juízos que lhe são congêntos –, essa pré-compreensão como que devolve o intérprete para o mesmo labirinto do qual, ingenuamente, ele acreditava ter escapado... Embora não seja este o lugar para levar adiante semelhante discussão, registre-se que é dessa perplexidade, só aparentemente insuperável, que se alimentam os ativismos judiciais mais audaciosos e os decisionismos hermenêuticos de índole autoritária, cuja violência, entretanto, poderá ser contida pela força do melhor argumento.

Princípios da interpretação constitucional

Diga-se, desde logo, que os chamados princípios da interpretação constitucional, à semelhança dos seus métodos interpretativos, também devem ser aplicados conjuntamente, pelas razões desenvolvidas a seguir.

Tais princípios, para a maioria dos autores, são os da unidade da Constituição, da concordância prática, da correção funcional, da eficácia integradora, da força normativa da Constituição e da máxima efetividade. Afora esses princípios, apontam-se, ainda, embora não estejam ligados exclusivamente à exegese constitucional, o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, o da interpretação conforme a Constituição, e o da presunção de constitucionalidade das leis, sendo o primeiro um princípio de ponderação, que se reputa aplicável ao direito, em geral, enquanto os dois últimos são utilizados, essencialmente, no controle de constitucionalidade das leis¹⁰¹.

Antes de apreciarmos cada um desses princípios, impõe-se fazer alguns registros, a título de advertência, sobre as dificuldades em se dizer o que realmente eles significam; qual a sua função dogmática; como se desenvolve o jogo da sua aplicação; e, afinal, de que maneira podemos utilizá-los para equacionar concretamente os problemas da interpretação constitucional.

Nesse sentido, com apoio em Böckenförde, deve-se esclarecer, à partida, que esses princípios não têm caráter normativo, o que significa dizer que eles não encerram interpretações de antemão obrigatórias, valendo apenas como simples tópicos ou pontos de vista interpretativos, que se manejam como argumentos – sem gradação, nem limite – para a solução dos problemas de interpretação, mas que não nos habilitam, como tais, nem a valorar nem a eleger os que devam ser usados em dada situação hermenêutica¹⁰². É o mesmo que ocorre, por exemplo, na tópica jurídica, em que a falta de um critério para orientar a escolha entre os topoi em discussão é apontada, por todos os seus críticos, inclusive pelos mais cautelosos, como uma das carências básicas dessa proposta hermenêutica¹⁰³.

Quanto à sua função dogmática, deve-se dizer que embora os princípios da interpretação constitucional se apresentem como enunciados lógicos e, nessa condição, pareçam anteriores aos problemas hermenêuticos que, afinal, eles ajudam a resolver, em verdade e quase sempre eles funcionam como fórmulas persuasivas, isto é, como argumentos de que se valem os aplicadores do direito para justificar pré-decisões que, mesmo necessárias ou convenientes, mostrar-se-iam arbitrárias ou desprovidas de fundamento se não contassem com o apoio desses cânones interpretativos.

Não por acaso já se proclamou, e relembramos acima, que a diversidade de métodos e princípios interpretativos potencializa a liberdade do juiz, a ponto de lhe permitir antecipar suas decisões – à luz da sua pré-compreensão sobre o que é correto e justo em cada situação concreta –, e só depois, trabalhando para trás, buscar os fundamentos de que precisa para dar sustentação discursiva a essas soluções, puramente intuitivas, em um procedimento em que as conclusões escolhem as premissas, e os resultados selecionam os meios¹⁰⁴.

Pois bem, entre esses princípios libertadores da interpretação e aplicação do direito, em geral, merece destaque, por seu alcance e fecundidade, o postulado do legislador racional, um topos hermenêutico que embora não integre o elenco dos cânones da interpretação constitucional – até porque os precede e transcende –, para ela se mostra de fundamental importância.

Trata-se, como assinala Santiago Nino, de uma quase-hipótese, que se aceita dogmaticamente, sem submetê-la a nenhuma contrasteação fática ou comprovação empírica; de uma pauta normativa de aparência descritiva, por força de cujos mandamentos o jurista se obriga a interpretar o direito positivo como se este e o legislador que o produziu fossem racionais, motivado pela certeza de que, pagando esse preço, poderá extrair do ordenamento jurídico, otimizado por aquele postulado, todas as regras de interpretação de que necessita para justificar qualquer decisão¹⁰⁵.

Noutras palavras, o jurista antropomorfiza a figura do legislador ideal e, desde logo, atribui-lhe divinos predicados – ele é singular, imperecível, único, consciente, finalista, onisciente, justo, onipotente, coerente, onicompreensivo, econômico, preciso e operativo – atributos de que precisa para otimizar o direito positivo e, por essa forma, preservar as valorações subjacentes às opções normativas, ocultando, por outro lado, a ideologia que as motivou¹⁰⁶.

Com efeito, se o legislador real é racional – sobretudo, o constituinte –, não se podendo duvidar dessa premissa, nem submetê-la a testes de refutação, impõe-se a conclusão lógico-descritiva de que o ordenamento jurídico, que ele institui à sua imagem e semelhança, também ostenta esse predicado, com todas as suas benéficas consequências. Por isso, a título de exemplo, afirma-se, categoricamente, que no ordenamento não existem lacunas, nem redundâncias, nem contradições; que ele é preciso, finalista, operativo e dinâmico; e que, por isso tudo somado, o jurista tem condições de resolver os problemas de aplicação do direito dentro do próprio sistema jurídico, apenas com os instrumentos de que este dispõe, sem necessidade de apelar para instâncias suprapositivas, como o desgastado direito natural ou a indefinível natureza das coisas, entre outras abstrações, que lhe permitem descobrir saídas na exata medida em que debilitam a força de persuasão das soluções inventadas.

A simples referência a qualquer dessas máximas de interpretação – que são inferidas do postulado do legislador racional, embora se apresentem como proposições descritivas do próprio direito positivo –, parece suficiente para mostrar a fecundidade desse topos hermenêutico e o seu vínculo de paternidade com os chamados princípios da interpretação constitucional, os quais, em relação àquele postulado, podem ser considerados apenas subprincípios, em que pese uma que outra particularidade. Mesmo assim, é ilustrativo e conveniente formular alguns exemplos, em sede de interpretação especificamente constitucional, para mostrar como se pode extrair de cada uma daquelas proposições – como fórmulas que

descrevem propriedades racionais de todo o ordenamento – uma ou mais regras de interpretação, que servem para o direito, em geral, e para o direito constitucional, em particular.

Destarte, do postulado de que o ordenamento jurídico é onicompreensivo, operativo e coerente, extraem-se estas três regras de interpretação:

a) os preceitos da Constituição incidem sobre todas as relações sociais, seja regulando-as expressamente, seja assegurando aos seus “jurisdicionados” aqueles espaços livres do direito de que todos precisam para o pleno desenvolvimento da sua personalidade;

b) não existem normas sobrando no texto da Constituição, todas são vigentes e operativas, cabendo ao intérprete tão-somente descobrir o âmbito de incidência de cada uma, em vez de admitir que o constituinte, racional também do ponto de vista econômico, possa ter gasto mais de uma palavra para dizer a mesma coisa; e,

c) não ocorrem conflitos reais entre as normas da Constituição, mas apenas conflitos aparentes, seja porque elas foram promulgadas conjuntamente, seja porque não existe hierarquia nem ordem de precedência entre as suas disposições.

Afora esses exemplos – que nos permitem apontar o princípio da unidade da Constituição como descendente direto do postulado do legislador racional e beneficiário das inúmeras virtudes que ele transmite a todos os seus herdeiros –, muitos outros ainda poderiam ser formulados para evidenciar quão estreitas são as relações de parentesco entre essa inegabilidade dogmático-jurídica e os diversos cânones da interpretação constitucional.

Quanto ao modo como se utilizam as regras da interpretação constitucional, também aqui se impõem algumas advertências de ordem geral sobre os problemas relativos ao seu manejo, sobretudo naquelas situações hermenêuticas em que diferentes cânones interpretativos, à primeira vista, mostrem-se igualmente aplicáveis, mas os respectivos resultados se evidenciem inconciliáveis. À luz do postulado do legislador racional – um legislador que, sendo coerente, não permite conflitos reais entre normas –, qualquer disputa entre critérios interpretativos é também (des) qualificada, desde logo, como um confronto meramente aparente, a ser resolvido pelo aplicador do direito, de quem se esperam soluções igualmente racionais¹⁰⁷.

Noutro dizer, se o objeto a ser interpretado – seja ele uma norma ou um conjunto de normas – é algo que se considera racional por definição, então essa mesma racionalidade há de presidir o manejo dos princípios que regulam a sua interpretação. Em suma, tal como na aplicação dos princípios constitucionais, também aqui – e nisso vai certa desconfiança nos predicados demiúrgicos do legislador racional –, tem plena vigência a ideia de um jogo concertado, de restrições e complementações recíprocas, entre os cânones interpretativos eventualmente concorrentes, “peleja” da qual resulta, ao fim e ao cabo, a sua mútua e necessária conciliação¹⁰⁸.

Princípio da unidade da Constituição

Segundo essa regra de interpretação, as normas constitucionais devem ser vistas não como normas isoladas, mas como preceitos integrados em um sistema unitário de regras e de princípios, instituído na e pela própria Constituição. Em consequência, a Constituição só pode ser compreendida, interpretada e aplicada adequadamente se nós a entendermos como unidade, do que resulta, por outro lado, que em nenhuma hipótese podemos separar uma norma do conjunto em

que ela se integra, até porque – relembre-se o círculo hermenêutico –, o sentido das partes e o sentido do todo são complementares e interdependentes.

Aceito e posto em prática esse princípio, o jurista pode bloquear o próprio surgimento de eventuais conflitos entre preceitos da Constituição, ao mesmo tempo que se habilita a desqualificar, como contradições meramente aparentes, aquelas situações em que duas ou mais normas constitucionais – com hipóteses de incidência à primeira vista idênticas e que só a interpretação racional evidenciará serem distintas – “pretendam” regular a mesma situação de fato.

Registre-se, ainda, que a rigor esse princípio compreende e dá suporte, se não a todos, pelos menos à grande maioria dos cânones da interpretação constitucional, porque ao fim das contas ele otimiza as virtualidades do texto constitucional, de si naturalmente expansivo, permitindo aos seus realizadores construir as soluções exigidas em cada situação hermenêutica.

Princípio da concordância prática ou da harmonização

Intimamente ligado ao princípio da unidade da Constituição, que nele se concretiza, o princípio da harmonização ou da concordância prática consiste, essencialmente, em uma recomendação para que o aplicador das normas constitucionais, deparando-se com situações de concorrência entre bens igualmente protegidos pela Lei Fundamental, adote solução que optimize a realização de todos esses bens, sem o sacrifício de qualquer deles¹⁰⁹.

Como a consistência dessa recomendação não se avalia a priori, o cânone interpretativo em referência é conhecido também como princípio da concordância prática, o que significa dizer que é somente no momento da aplicação do texto, e no contexto dessa aplicação, que se pode coordenar, ponderar e, afinal, conciliar os bens ou valores constitucionais em “conflito”, dando a cada um o que for seu.

Essa conciliação, no entanto, é puramente formal ou principiológica, pois nas demandas reais só um dos contendores terá acolhida, por inteiro ou em grande parte, a sua pretensão, restando ao outro conformar-se com a decisão que lhe for adversa, porque esse é o desfecho de qualquer disputa em que os desavindos não conseguem construir soluções negociadas, como nas demandas que admitem transação¹¹⁰.

Num conflito, por exemplo, entre a liberdade de informação e a inviolabilidade da vida privada – uma e outra igualmente garantidas pela Constituição –, se algum indivíduo, a pretexto de resguardar a sua intimidade, com ou sem razão, conseguir embargar a divulgação de determinada matéria, o veículo de comunicação acaso impedido de trazê-la a público terá preterido por inteiro o seu direito de informar, ao mesmo tempo em que, também por inteiro, a outra parte verá prevalecer a sua pretensão.

Em tese ou abstratamente considerado, ao final dessa hipotética demanda, restará intacto – até porque não foi abolido da Constituição –, o direito de informar e/ou obter informação, mas o mesmo não se poderá dizer quanto ao direito daquele veículo de comunicação que, em concreto, foi proibido de publicar a matéria objeto de interdição judicial. Na prática do texto, portanto, uma parte ganhou tudo, a outra tudo perdeu, resultado que afasta ou debilita a ideia de uma efetiva harmonização dos interesses em conflito quando as disputas se travam à luz de casos concretos.

Mesmo assim, impõe-se reconhecer que o princípio da concordância prática é um instrumento hermenêutico de grande alcance e dos mais utilizados nas cortes

constitucionais, inclusive em nosso STF, como atestam os repertórios de jurisprudência e as obras dos especialistas¹¹¹.

Dado que, de outra parte, a Constituição não ministra nem deve ministrar critérios para essa harmonização – até porque também não hierarquiza os bens ou valores protegidos pelos seus preceitos¹¹² –, pode-se dizer que, afinal, toda e qualquer solução, apesar de muitas e respeitáveis opiniões em contrário, advirá mesmo é das valorações pessoais do intérprete, cujos acertos ou equívocos só a comunidade está em condições de julgar¹¹³.

Não se trata, evidentemente, de nenhum bizarro plebiscito hermenêutico, nem muito menos de qualquer apreciação de natureza técnica ou processual, daquelas que realizam as instâncias a tanto legitimadas, mas de um juízo de adequação material entre o que decidem os intérpretes oficiais da Constituição – juízes ou tribunais, inclusive as cortes constitucionais – e aquilo que, em dado momento histórico, a própria sociedade considere correto e justo¹¹⁴.

Princípio da correção funcional

Derivado, igualmente, do cânone hermenêutico da unidade da Constituição, que nele também se concretiza, o princípio da correção funcional tem por finalidade orientar os intérpretes da Constituição no sentido de que, instituindo a norma fundamental um sistema coerente e previamente ponderado de repartição de competências, não podem os seus aplicadores chegar a resultados que perturbem o esquema organizatório-funcional nela estabelecido, como é o caso da separação dos poderes, cuja observância é consubstancial à própria ideia de Estado de Direito.

A aplicação desse princípio tem particular relevo no controle da constitucionalidade das leis e nas relações que, em torno dele, se estabelecem entre a legislatura e as cortes constitucionais. Com efeito, tendo em vista, de um lado, a legitimação democrática do legislador e, de outro, a posição institucional desses tribunais como intérpretes supremos da Constituição, existe uma tendência, que até certo ponto se pode considerar natural, ao surgimento de conflitos de interpretação entre esses agentes políticos para saber quem, afinal, melhor interpreta o texto constitucional e, conseqüentemente, aos olhos da comunidade, merece adensar os seus poderes, obviamente sem agredir a Constituição.

A propósito, nunca é demais relembrar que mesmo nos mais acirrados embates travados com o governo e a legislatura – quando as cortes constitucionais, não raras vezes, parecem ultrapassar os limites das suas atribuições como instâncias de mera aplicação do direito –, mesmo nessas situações de crise ninguém jamais as acusou de agirem irracionalmente, com facciosismo ou predisposição, nem pôs em dúvida o respeito que elas devotam ao princípio da correção funcional.

Embora se trate de um cânone hermenêutico desprovido de força normativa, como de resto o são todos os métodos e princípios de interpretação – até porque não existe uma meta-regra das regras interpretativas ou qualquer preceito supraconstitucional que prescreva a adoção de determinado critério para a exegese da Constituição¹¹⁵ –, nem por isso o princípio da correção funcional deixa de ser acatado pelos agentes políticos, em geral, dada a sua importância para o funcionamento das instituições. É que, divergências à parte – sobretudo nos momentos de crise –, tanto as Cortes Constitucionais, quanto o Parlamento e o Executivo estão

cansados de saber que só conseguirão resolver, duradouramente, as suas disputas se guardarem estrita fidelidade à Constituição¹¹⁶. Em nenhuma circunstância a sede de poder há de se sobrepor ao éthos constitucional. Esse é o sentimento de Konrad Hesse ao dizer que a Constituição se converterá em força ativa quando se fizerem presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a vontade de poder, mas também a vontade de Constituição¹¹⁷.

Princípio da eficácia integradora

Considerado corolário da teoria da integração de Rudolf Smend¹¹⁸, esse cânone interpretativo orienta o aplicador da Constituição no sentido de que, ao construir soluções para os problemas jurídico-constitucionais, procure dar preferência àqueles critérios ou pontos de vista que favoreçam a integração social e a unidade política, porque além de criar uma ordem jurídica, toda Constituição necessita produzir e manter a coesão sociopolítica, como pré-requisito ou condição de viabilidade de qualquer sistema jurídico¹¹⁹.

Em que pese à indispensabilidade dessa integração para a normalidade constitucional, nem por isso é dado aos intérpretes/aplicadores da Constituição subverter-lhe a letra e o espírito para alcançar, a qualquer custo, esse objetivo, até porque, à partida, a Lei Fundamental se mostra submissa a outros valores, desde logo reputados superiores – como a dignidade humana, a democracia e o pluralismo, por exemplo –, que precedem a sua elaboração, nela se incorporam e, afinal, seguem dirigindo a sua realização¹²⁰.

Precisamente por isso, afirma Gomes Canotilho, em síntese admirável, que o princípio do efeito integrador, como tópico argumentativo, não assenta numa concepção integracionista de Estado e da sociedade – conducente a reducionismos, autoritarismos, fundamentalismos e transpersonalismos políticos –, antes arranca da conflitualidade constitucionalmente racionalizada para conduzir a soluções pluralisticamente integradoras¹²¹.

Princípio da força normativa da Constituição

Reduzindo-o à sua expressão mais simples, poder-se-ia dizer que esse cânone interpretativo consubstancia um conselho – Friedrich Müller nos fala em apelo¹²² – para que os aplicadores da Constituição, na solução dos problemas jurídico-constitucionais, procurem dar preferência àqueles pontos de vista que, ajustando historicamente o sentido das suas normas, confirmam-lhes maior eficácia¹²³.

Considerando que toda norma jurídica – e não apenas as normas da Constituição –, precisa de um mínimo de eficácia, sob pena de perder ou sequer adquirir a vigência de que depende a sua aplicação, impõe-se reconhecer que, ao menos sob esse aspecto, o princípio da força normativa da Constituição não encerra nenhuma peculiaridade da interpretação constitucional, em que pese à sua importância nesse domínio hermenêutico, um terreno onde, sabidamente, qualquer decisão, ao mesmo tempo em que resolve um problema constitucional em concreto, projeta-se sobre o restante do ordenamento e passa a orientar a sua interpretação¹²⁴. Em palavras da arguta Patrícia Perrone, “é o reconhecimento da eficácia irradiante da Constituição sobre todo o ordenamento, ensejando uma releitura do conteúdo

das normas infraconstitucionais dos mais variados ramos, à luz de seus valores, e conferindo função essencial à jurisprudência em tal tarefa.”¹²⁵

Princípio da máxima efetividade

Estreitamente vinculado ao princípio da força normativa da Constituição, em relação ao qual configura um subprincípio, o cânone hermenêutico-constitucional da máxima efetividade orienta os aplicadores da Lei Maior para que interpretem as suas normas em ordem a lhes otimizar a eficácia, sem alterar o seu conteúdo. De igual modo, veicula um apelo aos realizadores da Constituição para que em toda situação hermenêutica, sobretudo em sede de direitos fundamentais, procurem adensar os seus preceitos, sabidamente abertos e predispostos a interpretações expansivas.

Tendo em vista, por outro lado, que, nos casos concretos, a otimização de qualquer dos direitos fundamentais, em favor de determinado titular, poderá implicar a simultânea compressão, ou mesmo o sacrifício, de iguais direitos de outrem, direitos que constitucionalmente também exigem otimização – o que, tudo somado, contrariaria a um só tempo tanto o princípio da unidade da Constituição quanto o da harmonização –, em face disso, impõe-se conciliar o princípio da máxima efetividade com as demais regras de interpretação, assim como impõe-se harmonizar, quando em situação de conflito, quaisquer bens ou valores protegidos pela Constituição.

Princípio da interpretação conforme a Constituição

Instrumento situado no âmbito do controle de constitucionalidade e não apenas uma simples regra de interpretação – como o STF enfatizou em decisão paradigmática¹²⁶ –, o princípio da interpretação conforme a Constituição consubstancia, essencialmente, uma diretriz de prudência política ou, se quisermos, de política constitucional, além de reforçar outros cânones interpretativos, como os princípios da unidade da Constituição e da correção funcional.

Com efeito, ao recomendar – nisso se resume este princípio –, que os aplicadores da Constituição, em face de normas infraconstitucionais de múltiplos significados, escolham o sentido que as torne constitucionais e não aquele que resulte na sua declaração de inconstitucionalidade, esse cânone interpretativo ao mesmo tempo em que valoriza o trabalho legislativo – aproveitando ou conservando as leis –, previne o surgimento de conflitos, que se tornariam crescentemente perigosos caso os juízes, sem o devido cuidado, se pusessem a invalidar os atos da legislatura.

Não por acaso, os clássicos do controle de constitucionalidade sempre apontaram, entre as regras de bom aviso ou preceitos sábios, que devem presidir, no particular, as relações entre os juízes e a legislatura, o princípio da presunção de constitucionalidade das leis, a significar que toda lei, à partida, é compatível com a Constituição e assim deve ser considerada, até judiciosa conclusão em contrário; ou, mais precisamente, que a inconstitucionalidade não pode ser presumida, antes deve ser provada, de modo cabal, irrecusável e incontroverso¹²⁷.

Essa prudência, por outro lado, não pode ser excessiva, a ponto de induzir o intérprete a salvar a lei à custa da Constituição, nem tampouco a contrariar o seu sentido inequívoco, para constitucionalizá-la a qualquer preço. No primeiro caso

porque isso implicaria interpretar a Constituição conforme a lei e, assim, subverter a hierarquia das normas; no segundo, porque toda conformação exagerada implica, no fundo, usurpar tarefas legislativas e transformar o intérprete em legislador positivo, na exata medida em que a lei resultante dessa interpretação – conformadora só nas aparências –, em verdade seria substancialmente distinta, em sua letra como no seu espírito, daquela que resultou do trabalho legislativo. Afinal, em sede de controle de constitucionalidade, como todos sabem, os tribunais devem comportar-se como legisladores negativos, anulando as leis contrárias à Constituição, quando for o caso, e jamais como produtores de normas, ainda que essa produção se faça por via interpretativa¹²⁸.

Modernamente, o princípio da interpretação conforme passou a consubstanciar, também, um mandato de otimização do querer constitucional, ao não significar apenas que entre distintas interpretações de uma mesma norma há de se optar por aquela que a torne compatível com a Constituição, mas também que, entre distintas exegeses igualmente conformes com a Lei Maior, deve-se escolher a que se orienta para a Constituição ou a que melhor corresponde às decisões do constituinte¹²⁹.

Nos últimos tempos, a pretexto de otimizar a Constituição, as Cortes Constitucionais vêm proferindo decisões de nítido caráter legislativo, o que lhes têm custado críticas acerbas, como veremos adiante, ao tratar dos limites da interpretação constitucional.

Princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade¹³⁰

Utilizado, de ordinário, para aferir a legitimidade das restrições de direitos – muito embora possa aplicar-se, também, para dizer do equilíbrio na concessão de poderes, privilégios ou benefícios¹³¹ –, o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positivação jurídica, inclusive a de nível constitucional; e, ainda, como princípio geral do direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico¹³².

No âmbito do direito constitucional, que o acolheu e reforçou, a ponto de impô-lo à obediência não apenas das autoridades administrativas, mas também de juízes e legisladores, esse princípio acabou se tornando consubstancial à própria ideia de Estado de Direito, pela sua íntima ligação com os direitos fundamentais, que lhe dão suporte e, ao mesmo tempo, dele dependem para se realizar. Essa interdependência se manifesta, especialmente, nas colisões entre bens ou valores igualmente protegidos pela Constituição, conflitos que só se resolvem de modo justo ou equilibrado fazendo-se apelo ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, o qual é indissociável da ponderação de bens e, ao lado da adequação e da necessidade, compõe a proporcionalidade em sentido amplo.

Assim resumidos, pode-se dizer, a título de conclusão pontual, que esses princípios revelam pouco ou quase nada do alcance, praticamente ilimitado, de que se revestem para enfrentar os desafios que, a todo o instante, são lançados aos aplicadores da Constituição por uma realidade social em célere transformação. Daí a necessidade, de resto comum a todos os instrumentos hermenêuticos, de que

eles sejam manejados à luz de casos concretos, naquele interminável balançar de olhos ou ir-e-vir entre objeto e método, realidade e norma, para recíproco esclarecimento, aproximação e explicitação¹³³.

Como decantados da experiência hermenêutica ou, se preferirmos, da experiência jurídica em sentido amplo, deles se poderá afirmar o que disse Martin Kriele sobre a interpretação dos enunciados normativos em geral: só na sua aplicação aos casos ocorrentes, e na concretização que assim necessariamente se processa, é que se revela todo o seu conteúdo significativo e eles cumprem a função de regular situações da vida¹³⁴.

Ao mesmo tempo, como tantas vezes assinalou Larenz, em razão do seu próprio manejo, esses parâmetros se ampliam a cada utilização, porque é precisamente no processo de concretização mediante julgamento de casos que as pautas hermenêuticas adensam o seu conteúdo e/ou expandem a sua abrangência, tornando-se aptas para resolver novos problemas¹³⁵.

Noutras palavras, pode-se afirmar que esses instrumentos hermenêuticos se regeneram a partir de si mesmos, pois a cada situação resolvida amplia-se o seu âmbito de incidência, servindo o último caso resolvido de precedente e ponto de partida para enfrentar novos desafios, o que, tudo somado, confirma a sentença de Holmes de que a vida do Direito não tem sido lógica e sim experiência¹³⁶.

“No âmbito jurídico, em geral, a ideia de se estabelecerem parâmetros objetivos para controlar e/ou racionalizar a interpretação deriva, imediatamente, dos princípios da certeza e da segurança jurídica, que estariam comprometidos se os aplicadores do direito, em razão da abertura e da amplitude semântica dos enunciados normativos, pudessem atribuir-lhes qualquer significado, à revelia dos cânones hermenêuticos e do comum sentimento de justiça.”

Limites da interpretação constitucional

Embora este assunto possa ter aflorado anteriormente, ao nos referirmos, ainda que de passagem, às chamadas mutações constitucionais, que examinaremos mais detidamente no tópico a seguir, mesmo assim impõe-se tratá-lo com autonomia, quando mais não seja para salientar que a questão dos limites da interpretação não é um problema próprio da hermenêutica jurídica, sequer mesmo da interpretação especificamente constitucional, antes se colocando em todos os domínios da comunicação humana¹³⁷.

No âmbito jurídico, em geral, a ideia de se estabelecerem parâmetros objetivos para controlar e/ou racionalizar a interpretação deriva, imediatamente, dos princípios da certeza e da segurança jurídica, que estariam comprometidos se os

aplicadores do direito, em razão da abertura e da amplitude semântica dos enunciados normativos, pudessem atribuir-lhes qualquer significado, à revelia dos cânones hermenêuticos e do comum sentimento de justiça.

Nesse sentido, é de todo oportuna a observação de Juan Fernando López Aguilar, a nos dizer que, hoje em dia, o direito constitucional já não é apenas o que prescreve o texto da Lei Maior, mas também a bagagem de padrões hermenêuticos desse bloco normativo incorporada na jurisprudência constitucional¹³⁸.

Por isso é que, mesmo admitindo que todo texto, em princípio, comporta mais de uma interpretação, Umberto Eco defende a existência de critérios que permitam verificar a sensatez dessas interpretações e rejeitar as que se mostrarem, indubitavelmente, erradas ou clamorosamente inaceitáveis¹³⁹. Afinal, como assinala Aulis Aarnio, no âmbito do Direito, o intérprete não pode pretender um resultado que só a ele satisfaça, até porque a interpretação jurídica é essencialmente um fenômeno social e, assim, deve alcançar um nível de aceitabilidade geral¹⁴⁰. Nessa mesma direção, adverte Larenz que somente quando tiver esgotado todas as possibilidades de alcançar um julgamento metodicamente assegurado, sem que isto dê resultado, é que o juiz poderá achar uma resolução da qual dê contas apenas perante si próprio. Mas, então, deverá esclarecer como chegou a tal a valoração, pois mesmo tendo liberdade para decidir de conformidade com a sua consciência jurídica individual, esta há de ser formada com base em critérios comunitariamente compartilhados – a chamada consciência jurídica geral.¹⁴¹

Em sede de hermenêutica constitucional, merecem especial registro as reflexões de Konrad Hesse, sobretudo porque, sem ladear os problemas semânticos e o papel da realidade nas mutações constitucionais, ele reafirma a importância do texto como algo firme e vinculante, a despeito da diversidade e da influência desses complicadores no processo de concretização constitucional. É que, normalmente, não parece tarefa impossível dizermos se determinada leitura é ou não compatível com o texto da Constituição, apesar da abertura dos seus enunciados e dos problemas de sentido que eles possam suscitar quando da sua interpretação¹⁴². Sobre o que seja realmente o texto constitucional, no entanto, o próprio Hesse mantém-se cauteloso, talvez porque reconheça, como Böckenförde e muitos outros, que um conteúdo normativo vinculante não se obtém de um texto normativo marco; que não é possível subordinar a interpretação a algo que ela mesma, afinal, irá produzir; ou, ainda, que sendo indeterminadas as normas objeto de exegese, o seu significado só se revelará ao termo da interpretação, para a qual, por isso mesmo, não pode servir de ponto de partida¹⁴³.

Em suma, embora entusiasta e pregador da interpretação constitucional como concretização, também Hesse se vê obrigado a admitir que a norma (= o que se extrai do texto) seja resultado e não pressuposto da interpretação, o que, enfim, explica o seu empenho – como doutrinador e, sobretudo, como juiz constitucional –, em estabelecer alguns limites, mínimos embora, para a criatividade dos intérpretes da Constituição¹⁴⁴.

Afinal, como lembra Cappelletti, uma coisa é a inevitável criação judicial do direito – no âmbito das causas e controvérsias em que se travam os conflitos de interpretação –, e outra, bem diversa, é aceitar que os juízes atuem como autênticos legisladores, olvidando aquelas virtudes passivas ou limites processuais que tão profundamente diferenciam os processos judiciais dos processos de natureza política e que milênios de sabedoria humana consagraram em fórmulas lapidares,

tais como *nemo iudex in causa propria*, *nemo iudex sine actore*, *ubi non est actio*, *ibi non est iurisdictio* e *audiatur et altera pars*, entre tantas outras de idêntica inspiração¹⁴⁵.

A experiência mais recente, no entanto, parece condenar ao esquecimento a concepção kelseniana do legislador negativo, tantas têm sido as decisões das Cortes Constitucionais – e. g. as diversas espécies de sentenças normativas – por via das quais, a pretexto de otimizar e/ou realizar a Constituição, esses supertribunais assumem nítida postura legislativa, criando normas de caráter geral e vinculante, como atestam a jurisprudência nacional e a estrangeira, esta em maior expressão¹⁴⁶.

Descrivendo esse estado de coisas no ordenamento jurídico italiano, um panorama de resto coincidente, no essencial, com o que já está ocorrendo no Brasil, o jurista italiano Riccardo Guastini ressalta que, em seu país, essa atividade legislativa heterônoma reveste-se da maior importância, sendo desenvolvida tanto pela Corte Constitucional quanto pela magistratura comum, o que evidencia tratar-se de uma prática generalizada, em que pese ao velho dogma da separação dos Poderes¹⁴⁷.

No âmbito da Corte Constitucional, ele nos aponta as seguintes espécies de interpretação conforme ou de adequação das leis à Constituição, as quais, a rigor, configuram nítida criação judicial do direito:

1. decisões interpretativas em sentido estrito, compreendendo duas subespécies:
 - 1.1. sentenças interpretativas de rechaço; e
 - 1.2. sentenças interpretativas de aceitação.
2. decisões manipuladoras, compreendendo também duas subespécies:
 - 2.1. sentenças aditivas; e
 - 2.2. sentenças substitutivas.

No que respeita à magistratura ordinária, Guastini observa que a interpretação conforme ou de adequação ocorre sempre que, em qualquer processo, o juiz rechaça uma exceção de ilegitimidade constitucional, aduzindo que essa pretensão é manifestamente infundada, porque o dispositivo questionado é suscetível de interpretação conforme com a Constituição. Ademais, esclarece esse jurista italiano que tal procedimento é avalizado tanto pela Corte de Cassação quanto pelo Conselho de Estado e pela própria Corte Constitucional.

Quanto às espécies de decisões interpretativas em sentido estrito, ele nos diz que as sentenças interpretativas de rechaço são aquelas em que, diante de um dispositivo legal que admite duas interpretações – uma conforme e outra contrária à Constituição –, a Corte Constitucional declara infundada a questão de inconstitucionalidade, sob a condição de que se extraia do dispositivo sob exame uma norma compatível com a Constituição. Dessa maneira, o enunciado – como tal – permanece válido, mas só poderá ser interpretado de maneira conforme à Constituição, o que significa dizer que, implicitamente, e sob pena de vir a considerá-la nula, a Corte proíbe que se dê ao citado dispositivo interpretação contrária à Constituição.

Já as sentenças interpretativas de aceitação, que acarretam a anulação de decisões submetidas à Corte Constitucional, são as que decorrem de julgados das instâncias ordinárias que optaram por interpretações ofensivas à Constituição, muito embora os dispositivos questionados comportassem a extração de normas compatíveis com a Lei Maior. Nesses casos, o Tribunal Constitucional declara que a questão de legitimidade constitucional tem fundamento e anula a interpretação escolhida pela magistratura comum, via de regra pela Corte de Cassação. Em suma, como resultado dessa decisão, a Corte Constitucional não

anula o dispositivo mal interpretado, mas apenas uma das suas interpretações, dizendo que esse preceito é inconstitucional se interpretado de modo contrário à Constituição ou na parte em que expressa uma norma inconstitucional. Também nesse caso, prossegue Guastini, o preceito questionado continua válido, mas a norma extraída da sua interpretação inconstitucional é anulada em caráter definitivo e com eficácia erga omnes.

Quanto às chamadas decisões manipuladoras ou normativas, assim se consideram as sentenças de aceitação em que a Corte Constitucional não se limita a declarar a inconstitucionalidade das normas que lhe são submetidas, mas – agindo como legislador positivo –, modifica (= manipula) diretamente o ordenamento jurídico, adicionando-lhe ou substituindo-lhe normas, a pretexto ou com o propósito de adequá-lo à Constituição. Daí a existência das chamadas sentenças aditivas e substitutivas, como subespécies das decisões normativas ou manipuladoras.

Denominam-se sentenças aditivas aquelas em que a Corte Constitucional declara a inconstitucionalidade de uma disposição, na parte em que não expressa determinada norma, que deveria conter para ser compatível com a Constituição.

Via de regra, esse tipo de sentença decorre da aplicação do princípio da igualdade, naquelas situações em que alguma lei concede um benefício a certo grupo de pessoas, deixando de contemplar outros indivíduos, que se encontram em igualdade de condições com os beneficiados. Nesses casos, a Corte declara inconstitucional a norma na parte em que não confere o mesmo tratamento ao grupo por ela excluído. Como, por outro lado, essa parte da norma não existe, até porque não integra formalmente o texto – e o texto é o portador do significado, como adverte Ricoeur¹⁴⁸ –, o que a Corte faz, em tese, é criar uma norma autônoma, que estende aos excluídos o benefício antes concedido apenas aos indivíduos expressamente contemplados no texto/norma objeto de julgamento.

Daí se dizer, continua Guastini, que, nesses casos, em rigor, a Corte não declara a inconstitucionalidade do texto/norma que delimita o universo dos seus beneficiários – o que lhes cancelaria o benefício sem concedê-lo aos demais –, mas a inconstitucionalidade de outra norma, implícita, extraída do texto com o argumento a contrario, ou seja, daquela norma que nega o mesmo direito a indivíduos merecedores de idêntico tratamento. Isso só é possível – arremata esse mestre italiano –, porque se entende que a anulação de uma norma que nega determinado direito implica a concessão do direito por ela negado.

Quanto às sentenças substitutivas, assim se consideram aquelas decisões em que a Corte declara a inconstitucionalidade de um preceito na parte em que expressa certa norma em lugar de outra, substancialmente distinta, que dele deveria constar para que fosse compatível com a Constituição. Atuando dessa forma, a Corte não apenas anula a norma impugnada, como também a substitui por outra, essencialmente diferente, criada pelo próprio tribunal, o que implica a produção heterônoma de atos legislativos ou de um direito judicial, como o denomina Prieto Sanchís¹⁴⁹, para quem tais normas já nascem enfermas porque desprovidas de fundamento democrático. Apesar dessa ressalva, esse mesmo jurista pondera que, embora os juízes não ostentem uma legitimidade de origem, da qual desfruta o Parlamento por força de eleições periódicas, é de se reconhecer à magistratura uma legitimidade de exercício, de resto passível de controle pela crítica do seu comportamento.

Diante desse quadro, não soa descabida a advertência de que estamos caminhando para uma onipotência judicial ou, se preferirmos, para um novo governo dos juízes,

em que as grandes decisões políticas, como antes acentuado, vão se deslocando do âmbito do Legislativo e do Executivo para o do Poder Judiciário.

Ilustrativo desse judicialismo é o fato de que, em alguns países centrais, ao mesmo tempo em que as Cortes Constitucionais controlam o Poder Legislativo, e os Tribunais de Contencioso Administrativo, as ações do Poder Executivo, as Cortes de Cassação impõem a sua visão do direito aos demais órgãos do Poder Judiciário – como ressalta Alfonso Figueroa, citando Guastini¹⁵⁰ – e tudo isso no âmbito de uma estrutura fechada e fortemente hierarquizada¹⁵¹, o que, tudo somado, nos sugere comparar essa nova ordem jurídica a um modernista edifício judicial, de linhas ousadas, construído sobre os escombros da antiga pirâmide normativa de Kelsen¹⁵².

Diante de tudo quanto foi exposto, parece justificada a assertiva de Rubio Llorente de que, atualmente, a Teoria da Interpretação é o núcleo essencial da Teoria da Constituição e, tendo em conta que o Estado contemporâneo é precisamente Estado Constitucional, também da Teoria do Estado e, nalguma medida, igualmente da própria Teoria do Direito, porque os traços fundamentais do chamado novo constitucionalismo – a depender do ponto de vista em que os encaremos –, tanto podem ser causa como decorrência da interpretação constitucional¹⁵³.

MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL: CONCEITO, ESPÉCIES E LIMITES

Conceito de mutação constitucional

Assim como o problema dos limites da interpretação não se coloca, com exclusividade, nos domínios da hermenêutica jurídica, também o tema das mutações normativas, ou seja, das alterações do sentido dos enunciados, conservando intacta a sua roupagem verbal, não configura nenhum “privilégio” dos textos constitucionais, antes pertencendo aos preceitos jurídicos em geral. A propósito, não se deve esquecer que a Semântica Jurídica outra coisa não é senão um capítulo ou setor da Semântica Geral, em cujo âmbito se estudam, sem demarcação de fronteiras, as “mudanças ou translações sofridas, no tempo e no espaço, pela significação das palavras”¹⁵⁴.

Ademais, se a textura aberta é característica da linguagem normativa em geral, e não apenas do linguajar do direito, também careceria de sentido cogitar-se da existência de um “falar” tipicamente constitucional, que legitimasse a ocorrência de mutações nos enunciados da Constituição não encontráveis nos falares vigentes noutros ramos do direito, em que pese reconhecer-se que – por sua natureza e função –, os textos constitucionais são necessariamente mais abertos do que aqueles que veiculam os demais comandos jurídicos.

Assentadas essas premissas, as mutações constitucionais nada mais são que as alterações semânticas dos preceitos da Constituição, em decorrência de modificações no prisma histórico-social ou fático-axiológico em que se concretiza a sua aplicação, tal qual nos ensina Miguel Reale, com a profundidade e a elegância de costume, nas linhas a seguir.¹⁵⁵

Leis há (e estamos aqui dando preferência ao estudo das leis ou normas legais, apenas pela facilidade de exposição, sendo, no entanto, as observações válidas para todas as espécies de normas jurídicas) leis há, sem dúvida, que durante todo o período de sua vigência,

sofrem pequenas alterações semânticas, mantendo quase intocável a sua conotação originária. Isso ocorre quando não se verifica mudança de relevo na tábua dos valores sociais, nem inovações de monta no concernente aos suportes fáticos.

Muitas e muitas vezes, porém, as palavras das leis conservam-se imutáveis, mas a sua acepção sofre um processo de erosão ou, ao contrário, de enriquecimento, em virtude da interferência de fatores diversos que vêm amoldar a letra da lei a um novo espírito, a uma imprevista *ratio juris*, que atribui nova direção aos enunciados jurídicos. Tais alterações na semântica normativa podem resultar:

a) do impacto de valorações novas, ou de mutações imprevistas na hierarquia dos valores dominantes;

b) da superveniência de fatos que venham modificar para mais ou para menos os dados da incidência normativa;

c) da intercorrência de outras normas, que não revogam propriamente uma regra em vigor, mas interferem no seu campo ou linha de interpretação;

d) da conjugação de dois ou até dos três fatores acima discriminados¹⁵⁶. (apenas os grifos são nossos)

Vistas sob essa perspectiva, portanto, as mutações constitucionais são decorrentes – nisto residiria a sua especificidade – da conjugação da peculiaridade da linguagem constitucional, polissêmica e indeterminada, com os fatores externos, de ordem econômica, social e cultural, que a Constituição – pluralista por antonomásia –, intenta regular e que, dialeticamente, interagem com ela, produzindo leituras sempre renovadas das mensagens enviadas pelo constituinte.

Espécies de mutação constitucional

Analisada à luz das suas causas, pode-se dizer com o jurista chinês Dau-Lin¹⁵⁷ que a mutação constitucional é um estado de incongruência entre as normas constitucionais, por um lado, e a realidade constitucional, por outro, e que essa anomalia é provocada:

a) mediante uma prática estatal que não viola formalmente a Constituição;

b) pela impossibilidade de se exercerem certos direitos estatuídos constitucionalmente;

c) por uma prática estatal contraditória com a Constituição; ou, ainda,

d) através de interpretação, situação de anormalidade que se normaliza ou se ultrapassa no curso da própria práxis constitucional.

Limites da mutação constitucional

Da mesma forma que a questão dos limites da interpretação dos enunciados jurídicos não constitui problema específico da hermenêutica jurídica, antes se colocando, como já observamos, em todos os campos da comunicação humana, o mesmo se poderá dizer no tocante aos limites da mutação constitucional, os quais, antes de se porem como problema específico dos realizadores da Constituição, suscitam controvérsias entre os operadores do direito, em geral, dado que quaisquer textos – e não apenas os textos jurídicos – estão expostos à ação do tempo, que neles atua para consolidar, modificar ou, até mesmo, sepultar de vez alguns dos seus múltiplos significados. Não só os textos das constituições

“O tema, que preocupa os juristas, em geral, assume especial relevo entre os que trabalham com a Constituição, porque, em razão do efeito irradiante da interpretação constitucional, mesmo as leituras não autorizadas do seu texto se espraiam por todo o ordenamento jurídico e nele provocam estragos, pelo menos até que sejam retiradas de circulação.”

– observa Loewenstein –, mas tudo o que vive participa do panta rhei heraclitiano da eterna transformação¹⁵⁸.

No caso específico das Cartas Políticas, essas novas compreensões da fala constitucional mais não fazem do que exprimir o modo como seus operadores, imersos em concretas situações hermenêuticas, vão transformando o direito legislado em direito interpretado, a compasso das alterações no prisma histórico-social de concretização dos mandamentos constitucionais. Por isso, se por mutação constitucional se entender, apenas, a alteração do sentido de um texto em razão da modificação do contexto, então se pode afirmar que, a rigor, não há diferença substancial entre limites da interpretação constitucional e limites da mutação constitucional, porque não existe distinção entre mutações constitucionais e variações de interpretações constitucionais, não passando esses dois pares de expressões de vocábulos distintos com que nos referimos a uma só e mesma coisa, ou seja, às novas leituras – novas leituras, nada mais que isso – de um mesmo texto constitucional, em decorrência de uma causa comum, isto é, das transformações da realidade constitucional subjacente. Duas realidades, e não apenas duas quantidades, iguais a uma terceira, são iguais entre si. O mesmo não se poderá dizer, no entanto, se considerarmos que as transições ou mutações constitucionais são fenômenos muito mais complexos, decorrentes de múltiplos fatores, e não simples modificações de significado de textos que, apesar disso, permanecem intactos em sua primitiva configuração verbal, como explicado por Gomes Canotilho em frase lapidar – “muda o sentido sem mudar o texto”¹⁵⁹.

Assentadas essas premissas, é de se ter presente, também como problema de ordem geral e não apenas da experiência constitucional, em particular, a questão da legitimidade das mutações normativas, na medida em que, por exemplo, assim como no terreno da linguística a atribuição de novos significados a uma palavra equivale à criação de palavras novas¹⁶⁰, também no âmbito do Direito as novas leituras de um texto velho implicam a criação de outras ordenações de conduta, dada a substancial distinção entre texto e norma, hoje tranquilamente aceita¹⁶¹.

Por isso é que todos os juristas, e não apenas os intérpretes/aplicadores da Constituição, quando analisam os processos informais de criação do direito por via interpretativa, advertem, à partida, que uma coisa são as leituras que, mesmo novas, ainda se mantenham no espectro dos significados aceitáveis de um texto jurídico, e outra, bem distinta, são as criações sub-reptícias de novos preceitos, mediante interpretações que ultrapassam o sentido linguisticamente possível

dos enunciados jurídicos e acabam por transformar os seus intérpretes em legisladores sem mandato.

Externando essa preocupação, Gomes Canotilho afirma que muito embora não se deva entender a Constituição como um texto estático e rígido, completamente indiferente às alterações da realidade constitucional, isso não significa entregar o seu texto à discricção dos intérpretes/aplicadores, liberando-os para leituras que, realizadas à margem ou além da fala constitucional, acarretem alterações não permitidas pela Constituição¹⁶².

O tema, que preocupa os juristas, em geral, assume especial relevo entre os que trabalham com a Constituição, porque, em razão do efeito irradiante da interpretação constitucional, mesmo as leituras não autorizadas do seu texto se espriam por todo o ordenamento jurídico e nele provocam estragos, pelo menos até que sejam retiradas de circulação.

Levadas a tais extremos, ou aceitas sem maior cuidado pela lei do menor esforço – afinal, todos sabem que novas interpretações, assim como as chamadas recepções, são formas abreviadas de criação do direito –, essas mutações constitucionais acabam afetando o núcleo duro das constituições, aquele conteúdo essencial que as próprias cartas políticas, para não perder a identidade, cautelosamente protegem contra tudo e contra todos, mas, em especial, contra as tentações dos seus reformadores de plantão. Daí a existência das chamadas cláusulas pétreas ou garantias de eternidade, como as da Constituição brasileira, cujo art. 60, § 4º, estatui/adverte, peremptoriamente, que não será objeto de deliberação, sequer de deliberação, qualquer proposta de emenda tendente – isso mesmo, apenas tendente – a abolir a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; e os direitos e garantias individuais.

Pois bem, em que pese ao teor desse comando e de outros semelhantes, acaso existentes noutras constituições, o fato é que, mesmo reputadas cláusulas pétreas, essas disposições não falam por si, dependentes, que são, como todas as palavras, da compreensão dos seus usuários – no jogo de linguagem de que participam¹⁶³ –, sejam esses usuários os cidadãos comuns, que no cotidiano da sua existência realizam a Constituição, ou os destinatários oficiais dessas disposições – legisladores, juízes e autoridades administrativas –, cuja fidelidade à Carta Política é imprescindível para a proteção do seu núcleo essencial. Não por acaso, ao instituir o Supremo Tribunal Federal, a nossa Constituição como que se entregou, por inteiro, à guarda dessa Corte, mesmo sabendo – ou porque o soubesse –, que a sua integridade dependeria, exclusivamente, da dignidade dos seus juízes, porque de armas todos estão certos de que eles não dispõem. A integridade da Constituição depende da integridade dos seus guardiões.

A PANCONSTITUCIONALIZAÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO E A TRANSFORMAÇÃO DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL EM TEORIA DO CONHECIMENTO DO DIREITO

Fenômeno relativamente recente, pelo menos sob esse nome, o que os juristas atuais vêm chamando de constitucionalização do Direito é o propósito, alimentado e realizado, sobretudo após a 2ª segunda guerra mundial – fato registrado pelo clássico Mirkine Guetzévitch¹⁶⁴ –, de se apreender nas malhas da normatividade constitucional todo o conjunto da vida social, sobretudo nos países em

que as cartas políticas promulgadas após o interlúdio rebarbarizante do nazismo deixaram de ser apenas aqueles textos exortativos da democracia e das liberdades públicas, para se converterem em documentos dotados de força normativa própria e de aplicabilidade direta e imediata – e.g. a Lei Fundamental de Bonn, de 1949, e a Constituição Italiana, de 1948 –, sem terem de esperar pelas sempre demoradas mediações/conformações legislativas. Daí a mais sugestiva palavra de ordem do movimento denominado novo constitucionalismo – “mais Constituição do que leis” –, a conclamar os operadores do direito a “falarem” diretamente com a Carta Política, sob a crença de que o seu texto lhes proverá de soluções adequadas para todas “as crises dos negócios humanos”. O mesmo viria a ocorrer, um pouco mais adiante, em Portugal, na Espanha e no Brasil, cujas Constituições são igualmente dotadas de força normativa própria e de injuntividade imediata, tornadas efetivas por tribunais constitucionais independentes, encarregados de velar pela supremacia dessas constituições e pela imperatividade dos seus preceitos. Atualmente, pode-se dizer que esse modelo de tribunais constitucionais, situados fora e acima da tradicional tripartição dos poderes estatais¹⁶⁵, está presente praticamente em todas as democracias contemporâneas, exceção feita ao Reino Unido, à Holanda e a Luxemburgo, que mantêm o padrão de supremacia parlamentar, como registrado, entre outros, por Roberto Barroso¹⁶⁶.

Sobre em que consiste essa constitucionalização do direito, Riccardo Guastini – que prefere chamá-la de constitucionalização do ordenamento jurídico, por sugestão de Louis Favoreu –, diz tratar-se de um processo de transformação de um ordenamento jurídico ao termo do qual o ordenamento em questão resulta totalmente impregnado por normas constitucionais; e que um ordenamento constitucionalizado caracteriza-se por uma Constituição extremamente invasiva e intrometida, capaz de condicionar tanto a legislação como a jurisprudência e a doutrina, a ação dos atores políticos, assim como as relações sociais.¹⁶⁷ Para Roberto Barroso, no estudo antes citado, a ideia de constitucionalização do Direito está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico, de tal sorte que os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional, repercutindo não apenas sobre a atuação dos três Poderes, mas também nas relações entre particulares. Mais ainda, prossegue Barroso, nesse ambiente a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia –, mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito, reinterpretando os seus institutos sob uma ótica constitucional. Do Código Civil, antes a sobranceira “constituição do homem comum”, às mais mezinhas regras jurídicas, de ínfima hierarquia, tudo vai se constitucionalizando, a tal ponto que a expressão norma normarum, que antes significava ver a Constituição como simples fonte das fontes do direito, sem aplicação direta e imediata às relações sociais, essa expressão assume um novo e superior sentido, qual seja, o de norma fundamental, que, além de ser, ela mesma, fonte do direito, filtra todas as outras, para dizer da sua validade, só reconhecida se compatível com as regras e princípios constitucionais, na sua forma quanto no seu conteúdo.¹⁶⁸ Ilustrando esse processo de “invasão” de praticamente todos os ramos da enciclopédia jurídica, Roberto Barroso cita vários julgados do STF, veredictos que a seu ver contribuíram para o avanço social no Brasil e, mesmo sendo

“O ordenamento jurídico brasileiro está totalmente “impregnado” por normas constitucionais, com todas as consequências daí advindas, a maior das quais é compactarem-se os nossos modelos jurídicos, todos eles – legislativos, jurisprudenciais, consuetudinários e negociais – no macromodelo constitucional, e atribuir-se à hermenêutica constitucional a sobrefunção de “interpretar as interpretações” de todas as normas vigentes no direito brasileiro, seja para convalidá-las ou impugná-las, se conformes ou desconformes com as regras e princípios da Constituição de 1988.”

todos de natureza tipicamente constitucional, produzem impacto em ramos específicos do Direito, desde o direito civil, que disciplina as relações entre iguais, até as normas que regem as relações entre diferentes – tomando de empréstimo a dicotomia usada pela erudita Cláudia Marques ao cotejar o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor¹⁶⁹ –, como os direitos das mulheres, dos deficientes físicos e de proteção das minorias, entre outros segmentos sociais diferenciados, que são igualmente protegidos pela Constituição¹⁷⁰.

Dá-se, assim, um reaparecimento da pirâmide normativa de Kelsen, antes puramente descritiva do modo de produção/aplicação das normas – a nomodinâmica –, mas, agora, parâmetro de controle da validade formal e material de tudo quanto se produz ou se produziu no ordenamento jurídico brasileiro, eis que as normas pré-constitucionais tiveram trocado o seu fundamento de validade, passando a vigorar como direito novo, recepcionado e, assim, recriado pela Carta Política de 1988. Exatamente por isso Kelsen qualifica a “recepção” de normas pré-constitucionais como um “procedimento abreviado de criação jurídica”¹⁷¹.

Dessa forma, repita-se, a Constituição retém, embebe e “constitucionaliza”, com a sua normatividade, todos os modelos jurídicos que regulam a vida social, desde aqueles de maior hierarquia – como as emendas, reformas e revisões do seu texto, que, para serem válidas, hão de guardar conformidade com a Carta Política –, até as relações entre particulares, outrora vistas como expressão da autonomia da vontade individual para criar direitos e obrigações nos chamados “espaços livres do direito”¹⁷². Sob essa nova compreensão diz-nos Rubio Llorente, por exemplo, que “toda Constituição que assim se possa chamar, é fonte do Direito no sentido pleno da expressão, ou seja, origem mediata e imediata de direitos e obrigações e não apenas fonte das fontes”¹⁷³. Por isso, não configura nenhum exagero dizer-se que por força dessa panconstitucionalização da vida social, direito é o direito constitucional e direito constitucional será qualquer preceito – expresso ou implícito –, que se contenha na Constituição ou ingresse no ordenamento em conformidade – formal e material – com aquilo que nela for estabelecido. Em síntese, não há mais direito senão direito constitucional, seja em

estado puro, – normas dispendo sobre a controvertida matéria constitucional¹⁷⁴ –, seja constitucionalizado, quando as suas normas dispuserem, direta ou indiretamente, sobre assuntos tradicionalmente havidos como próprios dos outros ramos do direito – administrativo, bancário, civil, comercial, marítimo, penal, processual, tributário, urbanístico, etc.¹⁷⁵ –, tanto mais numerosos e/ou diversificados quanto mais complexa for a realidade social a ser objeto de regulação pelo direito. Qual um rei Midas, a Carta Política constitucionaliza tudo quanto resolva submeter às suas regras e aos seus princípios, sejam expressos, implícitos ou acrescidos por construções hermenêuticas. Dessa constitucionalização total resulta que a hermenêutica jurídica geral passa a ser a específica hermenêutica constitucional, cujos métodos e princípios, antes restritos à compreensão, interpretação e aplicação da Constituição, convertem-se em cânones hermenêuticos para todo o ordenamento jurídico, uma verdadeira revolução teórica e prática se tivermos presente a observação de Rubio Llorente de que, hoje, a Teoria da Interpretação é o núcleo essencial da Teoria da Constituição, da Teoria do Estado e, também, da própria Teoria do Direito¹⁷⁶. Noutra dizer, os diferentes ramos da Enciclopédia Jurídica nascem e se desenvolvem sub constitutionem, cujo DNA está presente em todas essas criaturas constitucionais¹⁷⁷. Essa revolução torna-se ainda mais significativa – talvez se devesse dizer impactante, se concordarmos com estas palavras do bispo Hoadly, lembrado por Kelsen: “Aquele que tem uma autoridade absoluta para interpretar quaisquer normas jurídicas, escritas ou faladas, é em realidade o verdadeiro legislador para todos os fins e propósitos, e não a pessoa que pela primeira vez as escreveu ou transmitiu verbalmente”¹⁷⁸. Sob essa compreensão, que a realidade tem confirmado ao longo do tempo, as atuais Súmulas Vinculantes do STF não são sequer novidadeiras, antes apenas um vestido novo para a velha e imemorial criação judicial do direito.

Pois bem, para que essa panconstitucionalização não se mostre caótica e qualquer sinal de presença da Constituição em modelos jurídicos de menor hierarquia possa considerar-se como “constitucionalização”, o mesmo Riccardo Guastini cuidou de formular o que chamou de “condições de constitucionalização”, as quais, uma vez satisfeitas em sua totalidade, permitirão dizer-se que o ordenamento jurídico de que se trate estará “impregnado” por normas constitucionais. Para esse emérito jurista italiano, são em número de sete essas condições de constitucionalização, a saber: 1) uma Constituição rígida; 2) garantia jurisdicional da Constituição; 3) força vinculante da Constituição; 4) “sobreinterpretação” da Constituição; 5) aplicação direta da Constituição; 6) interpretação das leis em conformidade com a Constituição; 7) influência da Constituição sobre as relações políticas.

Conferindo se em nosso sistema jurídico estão presentes e satisfeitas todas essas condições – o que parece ocorrer, efetivamente, entre nós –, então podemos dizer que o ordenamento jurídico brasileiro está totalmente “impregnado” por normas constitucionais, com todas as consequências daí advindas, a maior das quais é compactarem-se os nossos modelos jurídicos, todos eles – legislativos, jurisprudenciais, consuetudinários e negociais – no macromodelo constitucional, e atribuir-se à hermenêutica constitucional a sobrefunção de “interpretar as interpretações” de todas as normas vigentes no direito brasileiro, seja para convalidá-las ou impugná-las, se conformes ou desconformes com as regras e princípios da Constituição de 1988.

Nesse cenário, não seria dizer-se que o direito constitucional brasileiro já “engoliu” os demais ramos do nosso direito, assim como, ao ver de Radbruch, o direito administrativo teria engolido o direito civil¹⁷⁹.

CONCLUSÃO

Assente que a hermenêutica jurídica serve de paradigma para as ciências do espírito¹⁸⁰; que o ordenamento jurídico brasileiro está totalmente “impregnado” por normas constitucionais; que a realização da nossa Constituição deve ser feita de conformidade com o processo de compreensão, interpretação e aplicação adotado pelo Supremo Tribunal Federal; e que, no Brasil, esse *modus operandi* hermenêutico-constitucional – *subtilitas intelligendi*; *subtilitas explicandi*; *subtilitas applicandi* –¹⁸¹ tornou-se obrigatório para a compreensão/interpretação/aplicação de quaisquer modelos jurídicos, em decorrência do fenômeno da constitucionalização do direito, parece válido concluir-se que, atualmente, o conhecimento do sistema jurídico brasileiro confunde-se com o conhecimento da nossa Constituição e que, por isso, a hermenêutica constitucional – como ciência de si mesma –, assumiu o papel de teoria do conhecimento do direito. 

NOTAS

- 1 F.D.E.Schleiermacher. *Herméneutique*. Alençon: CERF/PUL,1989, p.113, e *Hermenêutica e Crítica*. Ijuí: Edições UNIJUÍ, 2005, p. 91; Hans-Georg Gadamer. *Verdad y método*. Salamanca: Sígueme, v. I. 1993, p. 396-414; *Verdade e método*. Petrópolis-RJ, v. 1, 1997, p. 482-505; Edgar Morin. *O método 3: O conhecimento do conhecimento*. Porto Alegre: Editora Sulina, 2005; Andrés Ortiz-Osés. *Antropologia hermenêutica*. Lisboa: Escher, 1989, p. 67; Gustavo Just. *Interpréter les théories de l’interprétation*. Paris: L’Harmattan. 2005; José Juan Moreso. *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 167-171.
- 2 Edgar Morin. *O método 3: o conhecimento do conhecimento*. Porto Alegre: Editora Sulina, 2005; Johannes Hessen. *Teoria do Conhecimento*. Coimbra: Arménio Amado, 1987; Albert Keller. *Teoria Geral do Conhecimento*. São Paulo: Edições Loyola, 2009; Paul K. Moser *et al.* *A Teoria do Conhecimento: uma introdução temática*. São Paulo: Martins Fontes, 2009; Urbano Zilles. *Teoria do conhecimento e teoria da ciência*. São Paulo: Paulus, 2005; Roderick M. Chisholm. *Teoria do Conhecimento*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1969; Jacob Bazarian. *O problema da verdade: teoria do conhecimento*. São Paulo: Alfa-Omega,1985; Caio Prado Júnior. *Dialética do conhecimento*. São Paulo: Editora Brasiliense, tomos I e II, 1955; Max Wentscher. *Teoría del Conocimiento*. Barcelona: 1927; A. J. Ayer. *O problema do conhecimento*. Lisboa: Editora Ulisseia, s/d;Israel Scheffler. *Bases y condiciones del conocimiento*. Buenos Aires: Paidós, 1970; e José Afonso da Silva. *Teoria do conhecimento constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2014.
- 3 José Ferrater Mora. *Diccionario de Filosofía*. Madrid: Alianza Editorial, vol. 2, E-J, 1986, p. 959-960.
- 4 André Lalande. *Vocabulário Técnico e Crítico da Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 448.
- 5 Nicola Abbagnano. *Diccionario de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 183.
- 6 M. Rosental & P. Ludin. *Pequeno Dicionário Filosófico*. São Paulo: Livraria Exposição do Livro, 1959, p. 242.
- 7 Simon Blackburn. *Diccionario Oxford de Filosofia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997, p. 118-119.

- 8 Johannes Hessen. *Teoria do Conhecimento*. Coimbra: Arménio Amado, 1976; e Manuel García Morente. *Lecciones Preliminares de Filosofía*. Buenos Aires: Losada, 1957.
- 9 Ver *Eidético; redução eidética*, em José Ferrater Mora. *Diccionario de Filosofía*. Madrid: Alianza, vol.2, 1986, p. 901-902.
- 10 Roger Garaudy. *Para conhecer o pensamento de Hegel*. Porto Alegre: L & PM, 1983, p. 47.
- 11 Georg Lukács. *História e consciência de classe*. Estudos de dialética marxista. Porto: Portugal, Publicações Escorpião, 1974, p. 136.
- 12 Manuel García Morente. *Lecciones Preliminares de Filosofía*. Buenos Aires: Losada, 1957, p. 273.
- 13 Henri Lefebvre. *Lógica formal, lógica dialéctica*. Madrid, Siglo XXI de España: 1970, p.55-101.
- 14 Adam Schaff. *História e Verdade*. São Paulo: Martins Fontes, 1987, p. 82-83.
- 15 M. Rosental. *Da teoria marxista do conhecimento*. Rio de Janeiro: Editorial Vitória, 1956, p. 43.
- 16 Hans-Georg Gadamer. *Da alma al logos: el Teeto y el Sofista*, in *El inicio de la filosofía occidental*. Barcelona: Paidós, 1995, p. 68.
- 17 Sobre a importância do *fator subjetivo* no processo do conhecimento, ver Adam Schaff. *História e Verdade*. São Paulo: Martins Fontes, 1987, Capítulo I – *A Relação Cognitiva, O Processo do Conhecimento, A Verdade* – p. 65-98.
- 18 Ludwig Wittgenstein. *Investigações Filosóficas*. Lisboa: Gulbenkian, 1995, p. 177; Dicionário Wittgenstein. Rio de Janeiro: Zahar, 1998, p. 225-229; Karl Larenz. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Gulbenkian, 1989, p. 236-239.
- 19 Karl Larenz. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Gulbenkian, 1989, p. 238.
- 20 Nicola Abbagnano. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, verbete *Método*, p. 668.
- 21 Hans-Georg Gadamer. *O problema da consciência histórica*. Rio de Janeiro: FGV, 1998, p. 21.
- 22 Gustavo Zagrebelsky. *La Corte Constitucional y la Interpretación de la Constitución*, in *División de Poderes e Interpretación: hacia una teoría de la praxis constitucional*. Madrid: Tecnos, 1987, p.171; Giuseppe Zaccaria. *Razón jurídica e interpretación*. Madrid: Civitas, 2004, p. 337; e Kart Popper. *A Lógica da Pesquisa Científica*. São Paulo: Cultrix, 1980, p. 57.
- 23 Miguel Reale. *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1986, p.1-13.
- 24 Luís Recaséns Siches. *Tratado General de Filosofía del Derecho*. México: Porrúa, 1965, p. 53 e seguintes.
- 25 Hans-Georg Gadamer. *A virada hermenêutica*. Petrópolis:RJ, Vozes, vol. II, 207, p. 24.
- 26 Marcelo Dascal. *Interpretação e compreensão*. São Leopoldo:RS, Editora Unisinos, 2006, p.662.
- 27 Luís Recaséns Siches. *Tratado General de Filosofía del Derecho*. México: Porrúa, 1965, p. 110.
- 28 Carlos Cossio. *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964, p. 78-79.
- 29 Luiz Cabral de Moncada. *Filosofía do Direito e do Estado*. Coimbra:Arménio Amado, 1955, vol. I, p. 6.
- 30 José Ortega y Gasset. *¿Que es Filosofía?* In *Obras Completas*. Madrid: Revista de Occidente, Tomo VII, 1964, p. 335-336.
- 31 Karl Jaspers. *Iniciação Filosófica*. Lisboa: Guimarães Editores, 1987, p. 15-25.
- 32 Jacques Maritain. *Los Grados del Saber*. Buenos Aires: Ediciones Desclée, de Brouwer, 1947, p. 7.
- 33 Miguel Reale. *Dialética da experiência jurídica*, in Anacleto de Oliveira Faria (Coord.). *Textos clássicos de Filosofia do Direito*. São Paulo: RT, 1981, p. 1-7.
- 34 Luís Cabral de Moncada. *Prefácio à Filosofia dos Valores*, de Johannes Hessen. Coimbra: Arménio Amado, 1967, p. 8.
- 35 José Ortega y Gasset. *El nivel de nuestro radicalismo*, in *Obras Completas*. Madrid: Revista de Occidente, Tomo VIII, 1965, p. 282, e *¿Que es Filosofía?* In *Obras Completas*. Madrid: Revista de Occidente, Tomo VII, 1964, p. 335-336.
- 36 Jürgen Habermas. *Habermas A Filosofia como guardador de lugar e como intérprete*, in *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 17-35.
- 37 Hans-Georg Gadamer. *Hermenêutica em retrospectiva. A virada hermenêutica*. Petrópolis:RJ, Vozes, 2007, p. 24.

- 38 Benedito Nunes. *A Filosofia Contemporânea*. São Paulo: Ática, 1991, p. 100-101, e *Hermenêutica e Poesia*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1999, p. 55 e 58; Friedrich Schlegel. *O Dialeto dos Fragmentos*. São Paulo: Iluminuras, 1997, p. 60; Benedito Nunes. *Hermenêutica e Poesia*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1999, p. 40.
- 39 Jürgen Habermas, *A Filosofia como guardador de lugar e como intérprete*, in *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 18.
- 40 Miguel Reale. *Fundamentos da concepção tridimensional do Direito*, in *Revista Brasileira de Filosofia*, vol. X, Fasc. IV, outubro/dezembro de 1960, p. 463.
- 41 Miguel Reale. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 611.
- 42 Miguel Reale. *Fundamentos da concepção tridimensional do Direito*, in *Revista Brasileira de Filosofia*, vol. X, Fasc. IV, outubro/dezembro de 1960, p. 463.
- 43 Miguel Reale. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 610.
- 44 Elias Díaz. *Sociología y Filosofía del Derecho*. Madrid: Taurus, 1982, p. 123 (sem grifos no original).
- 45 Hans-Georg Gadamer. *Verdad y Método*. Salamanca: Sígueme, vol. II, 1994, p. 150; *Verdade e Método*. Petrópolis-RJ: vol. II, 2002, p. 179;
- 46 Ferdinand de Saussure. *Cours de Linguistique Générale*. Paris: Payot, 1972, p. 30/31, e *Curso de Linguística General*. Buenos Aires: Losada, 1945, p.57. Roland Barthes. *Elementos de Semiologia*. São Paulo: Cultrix, 16ª ed., 2006, p. 19.
- 47 Emilio Betti. *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1975, p. 28.
- 48 Giambattista Vico, *apud* Rodolfo Mondolfo. *Problemas e métodos de investigação na história da filosofia*. São Paulo: Mestre Jou, 1969, p. 30-31.
- 49 Miguel Reale. *Gênese e vida dos modelos jurídicos – problemas de semântica jurídica*, in *O Direito Como Experiência*. São Paulo: Saraiva, 1968, p.209/218
- 50 Hans-Georg Gadamer. *A razão na época da ciência*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 71.
- 51 Miguel Reale. *A dinâmica do Direito numa sociedade em mudança*, in *Estudos de Filosofia e Ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 52.
- 52 Ver Giuseppe Zaccaria. *Razão jurídica e interpretación*. Madrid: Civitas, 2004, p. 129-130.
- 53 Gustavo Zagrebelsky. *La Corte Constitucional y la interpretación de la Constitución*, in *División de poderes e interpretación: hacia una teoría de la praxis constitucional*. Madrid: Tecnos, 1987, p. 171.
- 54 Raúl Canosa Usera. *Interpretación constitucional y fórmula política*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988, p. 138.
- 55 Giuseppe Zaccaria. *Razão jurídica e interpretação*. Madrid: Civitas, 2004, p. 337.
- 56 Carlos Santiago Nino. *Fundamentos de derecho constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 1992, p. 84, 104 e 106; Herbert L. A. Hart. *O conceito de direito*. Lisboa: Gulbenkian, 2007, 139.
- 57 Xavier Philippe. *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*. Paris: Economica Presses Universitaires D'Aix-Marseille, 1990; Georges Xynopoulos. *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité en France, Allemagne et Angleterre*. Paris: LGDJ, 1995; e Adele Anzon *et al. Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale: riferimenti comparatistici*. Milano: Giuffrè, 1994.
- 58 Theodor Viehweg. *Tópica y jurisprudencia*. Madrid: Taurus, 1964, e *Tópica y filosofía del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1991; Juan Antonio Garcia Amado. *Teorías de la tópica jurídica*. Madrid: Civitas, 1988, p. 119-138; e José Luis Villar Palasí. *La interpretación y los apotegmas jurídico-lógicos*. Madrid: Tecnos, 1975, p. 151.
- 59 Arthur Kaufmann. *Filosofia del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999, p. 104 e 519.
- 60 Giuseppe Zaccaria. *Razão jurídica e interpretação*. Madrid: Civitas, 2004, p. 337.
- 61 Ernst-Wolfgang Böckenförde. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, p. 37.

- 62 Hans-Georg Gadamer. *Le problème de la conscience historique*. Paris, Seuil, 1996, p. 29; O problema da consciência histórica. Rio de Janeiro: FVG, 1998, p. 21.
- 63 Ernst-Wolfgang Böckenförde. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, p. 13-35; J. J. Gomes Canotilho. Direito constitucional e teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1084-1087.
- 64 Wilhelm Dilthey. *Introducción a las ciencias del espíritu*. Madrid: Revista de Occidente, 1956 e Crítica de la razón histórica. Barcelona: Ediciones Península, 1986; Ernst Cassirer. Las ciencias de la cultura. México: Fondo de Cultura Económica, 1982; e A. L. Machado Neto. Problemas filosóficos das ciências humanas. Brasília: Editora da UnB, 1966.
- 65 Apud Juan Antonio Garcia Amado. *Teorías de la tópica jurídica*. Madrid: Civitas, 1988, p. 278-279; Karl Larenz, Metodologia da Ciência do Direito. Lisboa: Gulbenkian, 1989, p. 436.
- 66 Tomando posição nessa polêmica, Karl Larenz diz não ver fundamento bastante para não se aplicarem, pelo menos em tese, os princípios interpretativos gerais à exegese constitucional, pois a Constituição, enquanto lei – assim como as outras leis, que são redigidas na maior parte em linguagem corrente –, é uma obra de linguagem e, por isso, carece de interpretação, do mesmo modo que as proposições nela contidas têm o caráter de normas, embora com efeito vinculativo mais vigoroso do que o das demais leis (Metodologia da Ciência do Direito. Lisboa: Gulbenkian, 1989, p. 438).
- 67 Para uma crítica dessa posição ontognosiológica e seus reflexos na compreensão do direito, ver, entre outros, Lenio Luiz Streck. Hermenêutica jurídica e(m)crise. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 173-225, e Jurisdição constitucional e hermenêutica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 49-51. Sobre o conceito de crença como *evidência não refletida*, ver José Ortega y Gasset. *Ideas y creencias*, in Obras completas. Madrid: Revista de Occidente, Tomo. 5, 1964, p. 383-394.
- 68 Montesquieu, *De l'esprit des lois*, in Oeuvres complètes de Montesquieu. Paris: Chez Lefrèvre, vol. 1, 1859, p. 196, e Do espírito das leis. São Paulo: São Paulo: Difusão Europeia do Livro, v. 1, 1962, p. 187; C. Marx e F. Engels. *La ideología alemana*, in Obras escogidas, Moscou: Editora Progreso, 1974, vol. 1, p. 45, e A ideologia alemã. São Paulo: Hucitec, 1987, p. 72; e Luís Prieto Sanchís, Ideologia e interpretación jurídica. Madrid: Tecnos, 1993, p. 13.
- 69 J. J. Gomes Canotilho. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1033; Pablo Lucas Verdú. La Constitución abierta y sus “enemigos”. Madrid: Universidad Complutense de Madrid: Ediciones Beramar, 1993; Francisco Javier Díaz Revorio. La Constitución como orden abierto. Madrid: McGraw-Hill, 1997.
- 70 Theodor Viehweg. *Tópica y jurisprudencia*. Madrid: Taurus, 1964, p. 49-50.
- 71 Para um exame mais profundo da correlação entre objeto e ato interpretativo e suas implicações na hermenêutica jurídica, em geral, ver os Ensaios de Miguel Reale *Colocação do problema filosófico da interpretação do direito e problemas de hermenêutica jurídica*, insertos em O direito como experiência. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 227-233 e 235-259.
- 72 Hans-Georg Gadamer. *Verdad y método*. Salamanca: Sígueme, v. 1, p. 380, 396, 400 e 401; e Antonio Osuna Fernández-Largo. La hermenéutica jurídica de Hans-Georg Gadamer. Valladolid: 1992, p. 107-108.
- 73 Ver, a propósito, esta instigante observação de Paul Ricoeur: “Perante o tribunal, a plurivocidade comum aos textos e às ações é trazida à luz do dia sob a forma de um conflito das interpretações”. (Do texto à ação. Porto: RÉS, s.d., p. 206). Ver, também, Ronald Dworkin. O império do direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 110; J. J. Gomes Canotilho. Direito constitucional e teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1085-1086; e Theodor Viehweg. Tópica y filosofía del derecho. Barcelona: Gedisa, 1991, p. 180.
- 74 Karl Larenz. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Gulbenkian, 1989, p. 437.
- 75 Peter Häberle. *Hermenêutica constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, e El Estado constitucional. México: Unam, 2001, p. 149-162. Ver, também, o nosso estudo *As ideias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro*, in Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 35, n. 137, jan./mar. 1998.

- 76 Hans-Georg Gadamer. *Verdad y método*. Salamanca: Sígueme, v. 1, p. 380, 396 e 401, e A razão na época da ciência. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 51-52.
- 77 Hans Kelsen. *México: Unam, Teoría General de Derecho y del Estado*. México: Unam, 1969, p. 135-136; Konrad Hesse. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 29-37.
- 78 Karl Larenz. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Gulbenkian, 1989, p. 449-455.
- 79 Laurent Cohen-Tanugi. *Le droit sans l'Etat*. Paris: PUF, 1985.
- 80 Peter Häberle. *El Estado constitucional*. México: Unam, 2001, p. 19-20.
- 81 Ernest Renan, *Qu'est-ce qu'une nation?* In *Discours et Conférences*, Paris: Calmann-Lévy, s./d., p. 307.
- 82 Rudolf Smend. *Constitución y derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 62-63 e 132.
- 83 Rudolf Smend. *Constitución y derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 197.
- 84 Idem, p. 214-215.
- 85 Idem p. 66 e 201.
- 86 Rudolf Smend. *Constitución y derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 133-134.
- 87 Gustavo Radbruch. *Filosofia do direito*. Coimbra: Arménio Amado, vol. 1, 1961, p. 50.
- 88 Peter Häberle. *El Estado constitucional*. México: Unam, 2001, p. 169 e seguintes; Miguel Reale. *Pluralismo e liberdade*. São Paulo: Saraiva, 1963, p. 70-74, *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 211-214, e *Fontes e modelos do direito – para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 114.
- 89 Hans-Georg Gadamer. *Verdade e método*. Petrópolis-RJ: vol. 1, 1997, p. 489.
- 90 Friedrich Müller. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 45-46 e 48.
- 91 Resumindo as diferenças entre interpretação e concretização, Ernst-Wolfgang Böckenförde afirma que a interpretação é indagação sobre o conteúdo e o sentido de algo precedente que, desse modo e na medida do possível, se completa e diferencia enquanto tem enriquecido o seu conteúdo; a concretização é o preenchimento (criativo) de algo que simplesmente aponta para uma direção, ou o princípio, que permanece aberto e que precisa, antes de tudo, de uma pré-determinação conformadora para tornar-se norma aplicável. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, p. 126-127).
- 92 Friedrich Müller. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 45.
- 93 Miguel Reale. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1982, p.594.
- 94 Konrad Hesse. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, 61-69; *Escritos de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 28-29 e 43-53.
- 95 Marc Ancel. *Utilidade e métodos do direito comparado*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1980, p. 10.
- 96 Peter Häberle. *El Estado constitucional*. México: Unam, 2001, p. 164.
- 97 René David. *Les grands systèmes de droit contemporains*. Paris: Dalloz, 1966, p. 14-15; *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 1986.
- 98 Marc Ancel. *Utilidade e métodos do direito comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1980, p. 44.
- 99 *Apud* Karl Larenz. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Gulbenkian, 1978, p. 394.
- 100 Ernst-Wolfgang Böckenförde. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, p. 35-39.
- 101 A propósito dessa listagem – que ele ressalta ter-se tornado ponto de referência obrigatório da teoria da interpretação constitucional –, J.J. Gomes Canotilho esclarece que o seu “catálogo-tópico” dos princípios da interpretação constitucional foi desenvolvido a partir de uma postura metódica hermenêutico-estruturante, mas que os autores o recortam de formas diversas (Direito constitucional e teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1096).

- 102 Ernst-Wolfgang Böckenförde. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, p. 32.
- 103 Juan Antonio García Amado. *Teorías de la tópic jurídica*. Madrid: Civitas, 1988, p. 346; Robert Alexy. *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 42.
- 104 Jerome Frank. *Derecho e incertidumbre*. México: Fontamara, 2001, p. 92.
- 105 Carlos Santiago Nino. *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*. México: Unam, 1974, p. 85-114.
- 106 Idem,, p. 91.
- 107 Relembre-se, a propósito, esta advertencia de Manuel Calvo García, citada anteriormente: “Frente a uno de los postulados más característicos de la concepción metodológica tradicional, las teorías de la argumentación defienden que *el legislador real no es racional* o, lo que es igual, que no hace leyes perfectas que prevean soluciones claras y no contradictorias para cualquier caso hipotético que pueda producirse, y que, por lo tanto, quienes tienen que ser racionales son los juristas, quienes interpretan y aplican la ley”. Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica. Madrid: Tecnos, 1994, p. 217. Grifos nossos).
- 108 Embora não utilize a expressão *jogo concertado*, Carlos Santiago Nino também sugere essa técnica como forma adequada para a superação dos conflitos, por vezes dramáticos, entre os ideais pressupostos pelo modelo do legislador racional. (Consideraciones sobre la dogmática jurídica. México: Unam, 1974, p. 95-99).
- 109 Nesse sentido, ensina Konrad Hesse que onde surgirem colisões não se deve, à base de uma precipitada “ponderação de bens” ou de uma “abstrata ponderação de valores”, realizar qualquer deles à custa do sacrifício do outro (Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 66, e Escritos de derecho constitucional Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 48).
- 110 Luis Prieto Sanchís. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003, p. 192.
- 111 Sobre o manejo dos vários princípios da interpretação constitucional pelo STF, ver, por todos, José Adércio Leite Sampaio. *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*, Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- 112 Registre-se, a propósito, a observação de Karl Larenz de que não existe uma ordem hierárquica de todos os bens e valores jurídicos em que possamos ler o resultado como numa tabela (Metodologia da Ciência do Direito. Lisboa: Gulbenkian, 1989, p. 491).
- 113 Karl Larenz, por exemplo, mesmo reconhecendo que, no particular, é bem ampla a liberdade de valoração pessoal do juiz, opõe a ressalva de que a “ponderação de bens” não é simplesmente matéria do sentimento jurídico, mas um processo racional que não há de fazer-se, em absoluto, unilateralmente, mas, até certo grau, conforme princípios identificáveis e, nessa medida, de modo controlável (Metodologia da Ciência do Direito. Lisboa: Gulbenkian, 1989, p. 501).
- 114 Em que pese caber aos tribunais constitucionais dar a última palavra sobre o que é a Constituição, nem por isso eles a interpretam na contramão da sociedade civil, cujas reações – especialmente a da comunidade hermenêutica – os obrigam a uma constante *prestação de contas* sobre os métodos e critérios de que se utilizam para concretizar a Constituição. Parafraçando, respeitosamente, Umberto Eco, pode-se dizer que o *texto da Constituição não é um piquenique para onde o constituinte leva as palavras, e os leitores, o sentido*. (Umberto Eco. Os limites da interpretação. São Paulo: Perspectiva, 1995, p. 33).
- 115 Cristina M. M. Queiroz. Direitos fundamentais (teoria geral. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 183. Sobre a natureza, o alcance e a normatividade dos preceitos legais que pretendem estabelecer regras de interpretação, ver Raúl Canosa Usera. Interpretación constitucional y fórmula política. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988, p. 86-106; e Jorge Rodríguez-Zapata. *Métodos y criterios de interpretación de la Constitución en los seis primeros años de actividad del Tribunal Constitucional*, in Antonio Lopez Pina (Coord.). División de Poderes e Interpretación de la Constitución, Madrid: Tecnos, 1987, p. 155-160.

- 116 Relembre-se o que dizem Hesse e Verdú, respectivamente, sobre o papel da *vontade* e do *sentimento* na vida das constituições: "...a Constituição se converterá em força ativa se estiver presente na consciência geral – e particularmente na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional – não só a *vontade de poder*, mas também a *vontade de Constituição*" (Konrad Hesse. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 19); "cuando un ordenamiento jurídico es capaz de suscitar amplia e intensa adhesión efectiva a sus normaciones y, sobre todo, a sus instituciones que más enraízan con las bases sociales, entonces tal ordenamiento es algo vivo, no está *allí*, alejado, nutriéndose solitariamente de sus propias interconexiones e interpretaciones formales, sino que penetra en la entraña popular y entonces es ordenamiento sentido (Pablo Lucas Verdú. *El sentimiento constitucional*. Madrid: Ed. Reus, 1985, p. 6).
- 117 Konrad Hesse. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p.19.
- 118 Antonio Enrique Pérez Luño. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 1990, p. 277.
- 119 Konrad Hesse. *Concepto y cualidad de la Constitución*, in *Escritos de derecho constitucional* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 9.
- 120 Konrad Hesse. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 27 e 68, e *Escritos de derecho constitucional* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 5 e 50.
- 121 J. J. Gomes Canotilho. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1097.
- 122 Friedrich Müller. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 74.
- 123 Konrad Hesse. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 68, e *Escritos de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 50-51; e J. J. Gomes Canotilho. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1099.
- 124 Sobre a importância e funções da interpretação constitucional para a totalidade do ordenamento jurídico, ver Pablo Pérez Trepms, *Tribunal Constitucional y poder judicial*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 120; e Jerzy Wróblewski. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Madrid: Civitas, 1985, p. 93-114.
- 125 Patrícia Perrone Campos Mello. *Precedentes – O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 57.
- 126 Brasil, STF, Representação nº 1.417/DF, Min. Moreira Alves, *RTJ*, 126/48-72, 66.
- 127 Ver, por todos, C. A. Lúcio Bittencourt. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1949, p. 113-116.
- 128 Sobre o sentido da expressão *legislador negativo*, ver Hans Kelsen. ¿ Quién debe ser el defensor de la Constitución? Madrid: Tecnos, 1995, p. 37-38; e *La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)*, in *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a L'Étranger*, p. 224-225.
- 129 Rui Medeiros. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica Ed., 1999, p. 290. Para uma visão crítica dessa nova postura, ver Marina Gascón Abellán, *Los límites de la justicia constitucional: el Tribunal Constitucional entre jurisdicción y legislación*, in *Constitución: problemas filosóficos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 165-191.
- 130 Embora alguns autores utilizem, indistintamente, essas duas expressões, por considerar fungíveis ou intercambiáveis os respectivos conteúdos, existem outros que não as assimilam porque entendem que elas traduzem princípios distintos – o da *proporcionalidade* e o da *razoabilidade* –, cujas singularidades acreditam poder demonstrar. Como representantes dessas duas correntes, ver, respectivamente, Gilmar Ferreira Mendes (*Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Celso Basdtos, 1998, p. 83) e Wilson Antônio Steinmetz (*Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 148 e 185-192).

- 131 Ver, a propósito, a liminar deferida pelo Relator da ADI 1.158-8/AM, Ministro Celso de Mello, para invalidar, porque ofensiva ao princípio da razoabilidade, lei estadual que concedia gratificação de férias a servidor inativo. (DJU, 26-5-1995, p. 15154).
- 132 Karl Larenz. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Gulbenkian, 1989, p. 585-586, e *Derecho justo: fundamentos de la ética jurídica*. Madrid: Civitas, 1993, p. 144-145.
- 133 Karl Larenz. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Gulbenkian, 1989, p. 323.
- 134 *Apud* Karl Larenz. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Gulbenkian, 1978, p. 396.
- 135 Karl Larenz. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Gulbenkian, 1989, p. 251, 264-265 e 352.
- 136 Oliver Wendell Holmes. *O direito comum*. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1967, p. 29.
- 137 Sobre os limites da interpretação textual, ver, por todos, Umberto Eco. *Os limites da interpretação*. São Paulo: Perspectiva, 1995.
- 138 Juan Fernando López Aguilar. *Lo constitucional en el derecho: sobre la idea e ideas de Constitución y orden jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, p. 60.
- 139 Umberto Eco. *Os limites da interpretação*. São Paulo: Perspectiva, 1995, p. XXII (*Introdução*), 11, 16 e 286.
- 140 Aulis Aarnio. *Derecho, racionalidad y comunicación social*. México: Fontamara, 1995, p. 27-28.
- 141 'Karl Larenz. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Gulbenkian, 1989, p. 272-273 e 418, Nota 70.
- 142 Konrad Hesse. *El texto constitucional como límite de la interpretación*, in Antonio López Pina (Coord.) *División de Poderes e interpretación*. Madrid: Tecnos, 1990, p. 184-185; *Límites da la mutación constitucional*, in *Escritos de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 51-53 e 85-112; *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 69-70.
- 143 Ernst-Wolfgang Böchenförde, *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, p. 32 e 34.
- 144 Konrad Hesse, além de professor da Universidade de Freiburg im Breisgau, veio a ser Juiz do Tribunal Constitucional, em Karlsruhe, na República Federal da Alemanha, quando se deu conta, como ele mesmo revelou, da fundamental diferença entre a *teoria* e a *práxis*, no âmbito da interpretação constitucional.
- 145 Mauro Cappelletti. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 73-107.
- 146 José Adércio Leite Sampaio. *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 208-217; *As sentenças intermediárias de constitucionalidade e o mito do legislador negativo*, in *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 159-194.
- 147 Riccardo Guastini. *Estudios sobre la interpretación jurídica*. México: Porrúa, 2000, p. 47-49, e *La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano*, in Miguel Carbonell (Coord.) *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2005, p. 63-67.
- 148 Paul Ricoeur. *Ensaio de interpretação bíblica*. São Paulo: Novo Século, 2004, p. 63.
- 149 Luis Prieto Sanchís. *Ideología e interpretación jurídica*. Madrid: Tecnos, 1993, p. 118.
- 150 Alfonso García Figueroa. *La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo*, in *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2005, p. 168.
- 151 Eugenio Raúl Zaffaroni. *Estructuras judiciales*. Buenos Aires: Ediar, 1994, p. 91-118.
- 152 Hans Kelsen. *Teoria pura do direito*. Coimbra: Arménio Amado, vol. 2, 1962, p. 64-65.
- 153 Francisco Rubio Llorente. *La interpretación de la Constitución*, in *La forma del poder: estudios sobre la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 573.
- 154 *Dicionário Aurélio 1997*, p. 573 – século XXI. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, verbete *Semântica*, p. 1832.
- 155 Miguel Reale. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 563-564.
- 156 *Idem*, *ibidem*.
- 157 Hsü Dau-Lin, *Mutación de la Constitución*. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, p. 29 e 31.
- 158 Karl Loewenstein. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1979, p.164.
- 159 J. J. Gomes Canotilho. *Derecho constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1101.

- 160 Michel Bréal, *Essai de Sémantique: science des significations*, Paris: Hachette, 1913, p. 146.
- 161 Friedrich Müller. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 45-46 e 48.
- 162 J. J. Gomes Canotilho. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1101-1102.
- 163 Ludwig Wittgenstein. *Investigações filosóficas*. Lisboa: Gulbenkian, 1995, p. 207: “Para uma grande classe de casos – embora não para *todos* – do emprego da palavra ‘sentido’ pode dar-se a seguinte explicação: o sentido de uma palavra é o seu uso na linguagem.”
- 164 Boris Mirkin-Guetzévitch. *Les constitutions européennes*. Paris: PUF, 1951, p. 17; e *Evolução constitucional europeia*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1957, p. 29-30.
- 165 Mauro Cappelletti. *O controle de constitucionalidade das leis no sistema das funções estatais*, in *Revista de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, vol. 3, 1961, p. 38.
- 166 Luís Roberto Barroso. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito*. Themis, Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará, vol.4, nº 2, p.65.
- 167 Riccardo Guastini. *La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano*, in *Neoconstitucionalismo(s)*. Miguel Carbonell (Org.). Madrid: Trotta, 2005, p. 49.
- 168 Cláudio Pereira de Souza Neto & Daniel Sarmento. *A constitucionalização do Direito*, in *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013, p. 39.
- 169 Cláudia Lima Marques. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 25.
- 170 Luís Roberto Barroso. *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 121-122.
- 171 Hans Kelsen. *Teoría General de Derecho y del Estado*. México: Unam, 1969, p. 138.
- 172 Ver, sobre o tema, entre outros autores brasileiros, André Rufino do Vale. *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004; Daniel Sarmento. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004; Thiago Santos Sombra. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004; e Virgílio Afonso da Silva. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- 173 Francisco Rubio Llorente. *La forma del poder: estudios sobre la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 52.
- 174 Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, Art. 16: *A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição*; Constituição do Império do Brasil, de 1824, Art. 178. *É só Constitucional o que diz respeito aos limites e atribuições respectivas dos Poderes Políticos, e aos direitos políticos e individuais dos cidadãos*. Tudo, o que não é Constitucional, pode ser alterado sem as formalidades referidas, pelas Legislaturas ordinárias.
- 175 Cláudio Pereira de Souza Neto & Daniel Sarmento. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013, p. 39-40.
- 176 Francisco Rubio Llorente. *La forma del poder: estudios sobre la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 573.
- 177 Luís Roberto Barroso. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2014, p.108-109.
- 178 Hans Kelsen. *Teoría General del Derecho y del Estado*. México: UNAM, 1969, p. 182-183.
- 179 Gustav Radbruch. *Introdução à Ciência do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 174.
- 180 Hans-Georg Gadamer. *Verdade e Método*. Petrópolis-RJ: Vozes, 1997, tópico 2.2.3, p. 482-505.
- 181 Idem, p. 459-465.



INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO é Doutor em Direito. Professor do Programa de Mestrado e de Doutorado do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB; Professor Titular Aposentado da Universidade de Brasília; Subprocurador-Geral da República Aposentado; ex-Procurador-Geral da República.

O financiamento das campanhas eleitorais

■ POR MATHEUS TEIXEIRA DA SILVA

Todos sabemos da importância das campanhas eleitorais para a divulgação das candidaturas e suas respectivas plataformas políticas e ideológicas. Para colocar a campanha na rua, porém, o vil metal é imprescindível. Uma vez que já estabelecido o sistema misto de financiamento (com recursos públicos e privados), a grande dúvida que surge é saber qual método de financiamento privado melhor atende aos interesses sociais de, ao mesmo tempo, (i) fomentar a democracia com campanhas sólidas, com legítima participação dos apoiadores e (ii) evitar a promiscuidade na relação público-privado.

Em primeiro lugar, há que se estabelecer como premissa que a licenciosidade entre a iniciativa privada e as campanhas eleitorais não são bem-vindas, na medida em que os interesses escusos das empresas que financiam múltiplas candidaturas fomenta a corrupção e a troca de favores. Nesse sentido, pode parecer acertada a decisão do Supremo Tribunal Federal que vedou o financiamento de campanhas por pessoas jurídicas.

Entretanto, acreditamos que possa haver um critério mais adequado para regular a participação das pessoas jurídicas no financiamento das campanhas. Em primeiro lugar, porque a proibição pura e simples da participação das empresas fere o direito constitucional que todos (inclusive empresas) possuem de participar da vida política e eleitoral do país; em segundo lugar, porque o que se vê agora são os empresários donos das empresas doando a múltiplos candidatos, em nome próprio, acatando a nova regra mas mantendo a prática da promiscuidade. Basta ver que, na recente campanha de 2018, as mesmas lideranças empresariais constam como doadoras de candidaturas concorrentes ao mesmo cargo.

Nesse sentido, acreditamos que um novo critério deveria sobrepor-se aos atuais, de modo a preservar o direito das pessoas jurídicas de participar das campanhas e, ao mesmo tempo, evitar a promiscuidade das doações. Bastaria fazer com que os doadores, sejam pessoas físicas ou jurídicas, só pudessem doar a apenas uma candidatura para cada cargo. Como só há um voto para cada cargo (ressalvada a eleição dupla ao Senado a cada 8 anos), não há razão legítima para um cidadão (ou empresa) doar para mais de um postulante. A situação relatada das recentes eleições bem demonstra: o empresário que doou a ambos os concorrentes, votará em quem? Parece querer ter boas relações com quem vier a ser eleito, e não propriamente apoiar uma determinada plataforma política ou ideológica.

Deste modo, limitando a doação a uma única candidatura por pessoa (física ou jurídica) preserva-se o direito à participação ativa e, ao mesmo tempo, evita-se a nefasta tendência já verificada de empresários “apostarem” em todos os candidatos, tratando o pleito eleitoral como uma corrida de cavalos, sem nenhum envolvimento político mas apenas econômico. **■**



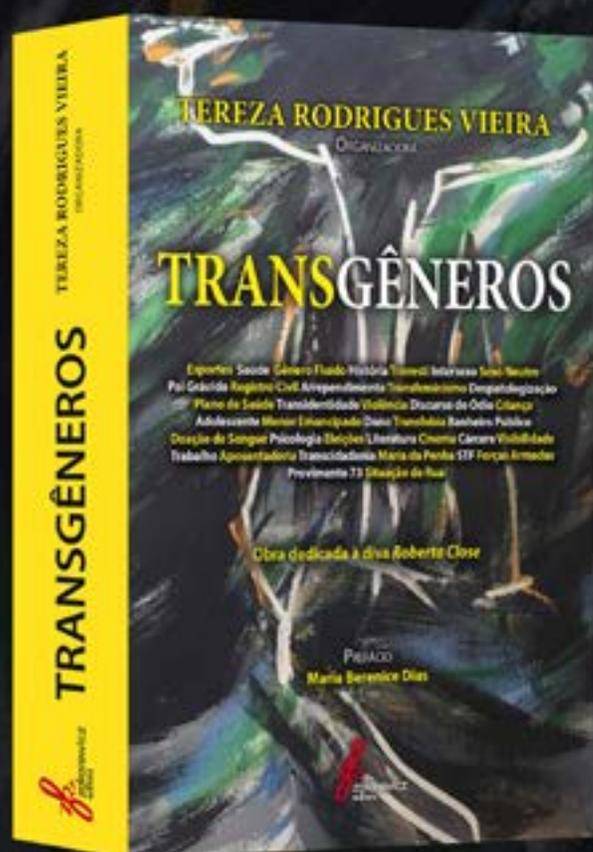
MATHEUS TEIXEIRA DA SILVA é Advogado, Pós-graduado em Direito do Estado pela UFRGS, Mestre em Filosofia pela PUCRS, Doutorando em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa.

LANÇAMENTO

TRANSGÊNEROS

Tereza Rodrigues Vieira

ORGANIZADORA



R\$ **98**,00

778 páginas

Frete incluso

Fone: (61) 3263-1362

zkeditora.com

 zakarewicz
editora

"Ainda é enorme o preconceito de quem se afasta do binarismo de gênero imposto de forma cruel e excludente por uma sociedade tão patriarcal e sexista. Daí o significado desta nova obra que amplia horizontes ao inserir uma gama enorme de temas, sob diversos olhares, de modo a inserir inúmeros jeitos de viver e de se ver."

Maria Berenice Dias