INCLUSÃO SOCIAL:

DIREITO, FILOSOFIA, POLÍTICA E IDEOLOGIA, DESAFIOS DA ATUALIDADE: VOLUME 4

ORGANIZADORES

ILTON GARCIA DA COSTA
ROGÉRIO CANGUSSU DANTAS CACHICHI
SÉBASTIEN KIWONGHI BIZAWU

COORDENADORES

BRUNO GOFMAN
LAERTY MORELIN BERNARDINO
RODRIGO ANTUNES LOPES

AUTORES

ALMIR ROGÉRIO AURELIANO
ANA CRISTINA LEMOS ROQUE
ANDRÉ DE OLIVEIRA DA CRUZ
ANDRÉ LUIS GARCIA
CAMILA FRERES DOROTHEU MASCARENHAS
CARLA MARIA FRERES STIPP BAPTISTA
CYRO JOSÉ JACOMETTI SILVA
DANIELI APARECIDA CRISTINA LEITE FAQUIM
DIEGO NASSIF DA SILVA
EVALDO GONÇALVES LEITE
EVERSON APARECIDO CONTELLI
EVERSON APARECIDO CONTELLI
FELIPE AUGUSTO RODRIGUES AMBRÓSIO
FERNANDA CAROLINA FRANCK
GIOVANNA ROSSETTO MAGAROTO CAYRES
HENRIQUE HOFFMANN MONTEIRO DE CASTRO
HENRIQUE RIBEIRO CARDOSO
IGOR HENRIQUE DOS SANTOS LUZ
ILTON GARCIA COSTA
IVANALDO SANTOS
JANAÍNA DE OLIVEIRA SERRA
JOÃO VIESSER
JOAQUIM JOSÉ DE MORAES NETO
JOSÉ EDUARDO RIBEIRO BALERA
LAÍSA FERNANDA CAMPIDELLI
LINO RAMPAZZO
LIVIA KOMONO TOJEIRO
LUCAS ANTONIO SARAN
LUCAS EMANUEL RICCI DANTAS
LUIZ HENRIQUE NÉIA GIAVINA BIANCHI
MARCIUS TADEU MACIEL NAHUR
MARCOS PAULO S. B. MERHEB
NATÁLIA LETÍCIA RODRIGUES
NAYARA MARIA SILVÉRIO DA COSTA DALLEFI
NÍCOLAS BORTOLATTO GARCIA COSTA
OSVALDO RESENDE NETO
PAULO ROGÉRIO DOS REIS
RENAN CAUÊ MIRANDA PUGLIESI
ROGÉRIO CANGUSSU DANTAS CACHICHI
ROSA MARIA SILVÉRIO DA COSTA DALLEFI
VALTER FOLETO SANTIN
VANESSA RÚI FÁVERO
VINÍCIUS VILELA DOS SANTOS

ORGANIZAÇÃO

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ
UENP
EMITTE LUCEM TUAM

COORGANIZAÇÃO

unopar
BANDEIRANTES - PR

FEATI

PATROCÍNIO

FUNDAÇÃO ARAUCÁRIA
Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico do Paraná

COPEL

CO-PATROCÍNIO

REDIGE
PRODUÇÃO EDITORIAL

FAPE
Faculdade de Presidente Epitácio

CAIXA

APOIO

JACAREZINHO - PR

OAB
JACAREZINHO - PR

ipda
Instituto Paranaense de Direito Administrativo

ORGANIZADORES

Ilton Garcia da Costa
Rogério Cangussu Dantas Cachichi
Sébastien Kiwonghi Bizawu

COORDENADORES

Bruno Gofman
Laerty Morelin Bernardino
Rodrigo Antunes Lopes

AUTORES

Everson Aparecido Contelli, Paulo Rogério dos Reis, Luiz Henrique Néia Giavina Bianchi, Rogério Cangussu Dantas Cachichi, Valter Foleto Santin, Joaquim José de Moraes Neto, Nícolas Bortolatto Garcia Costa, Lino Rampazzo, Marcius Tadeu Maciel Nahur, Nayara Maria Silvério da Costa Dallefi, Ana Cristina Lemos Roque, Lucas Antonio Saran, Ilton Garcia Costa, Almir Rogério Aureliano, João Viesser, Marcos Paulo S. B. Merheb, Ivanaldo Santos, Lucas Emanuel Ricci Dantas, Giovanna Rossetto Magaroto Cayres, André Luis Garcia, Henrique Hoffmann Monteiro de Castro, Felipe Augusto Rodrigues Ambrósio, Renan Cauê Miranda Pugliesi, Vinícius Vilela dos Santos, Everson Aparecido Contelli, Rosa Maria Silvério da Costa Dallefi, Fernanda Carolina Franck, André de Oliveira da Cruz, Diego Nassif da Silva, Evaldo Gonçalves Leite, Cyro José Jacometti Silva, Natália Letícia Rodrigues, Janaína de Oliveira Serra, Vanessa Rúi Fávero, Osvaldo Resende Neto, Henrique Ribeiro Cardoso, Carla Maria Freres Stipp Baptista, Camila Freres Dorotheu Mascarenhas, Danieli Aparecida Cristina Leite Faquim, José Eduardo Ribeiro Balera, Igor Henrique dos Santos Luz, Laísa Fernanda Campidelli, Livia Komono Tojeiro

INCLUSÃO SOCIAL: DIREITO, FILOSOFIA, POLÍTICA E IDEOLOGIA, DESAFIOS DA ATUALIDADE: SIMPÓSIO ISO CERTOS 2016: VOLUME 4

1ª Edição
Bandeirantes/PR
Redige Produção Editorial

2016

2016 Ilton Garcia da Costa, Rogério Cangussu Dantas Cachichi, Sébastien Kiwonghi Bizawu, organizadores
Direitos reservados de publicação
Redige Produção Editorial
Rua Prefeito José Mário Junqueira, n.º 149, Conj.08
Bandeirantes – PR CEP.
86.360-000

EDIÇÃO
ROGÉRIO PICCINO BRAGA

PROJETO GRÁFICO e DIAGRAMAÇÃO
SEMPREINOVE

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)
(CÂMARA BRASILEIRA DO LIVRO, SP, BRASIL)

Inclusão social [livro eletrônico] : direito, filosofia, política e ideologia, desafios da atualidade : Simpósio ISO Certos 2016, volume 4 / organização Ilton Garcia da Costa, Rogério Cangussu Dantas Cachichi, Sébastien Kiwonghi Bizawu ; coordenação Bruno Gofman, Laerty Morelin Bernardino, Rodrigo Antunes Lopes. -- 1. ed. -- Bandeirantes : Redige Produção Editorial, 2017.
1 Mb ; PDF

Vários autores.
Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-66668-15-5

1. Direito fundamental 2. Filosofia 3. Inclusão social 4. Política I. Costa, Ilton Garcia da. II. Cachichi, Rogério Cangussu Dantas. III. Bizawu, Sébastien Kiwonghi. IV. Gofman, Bruno. V. Bernardino, Laerty Morelin. VI. Lopes, Rodrigo Antunes.

17-01026 CDU-347.121

Todos os direitos autorais reservados e protegidos pela Lei 9.610, de 19.2.1998. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio. A violação dos direitos autorais é tipificada como crime no artigo 184 do Código Penal Brasileiro (Decreto-Lei n.º 2.848, de 07 de dezembro de 1940).
Os autores se responsabilizam pelo conteúdo de seus artigos, isentando a Editora e os organizadores da obra coletiva de eventuais responsabilidades oriundas da publicação

Impresso no Brasil
Printed in Brazil

Conselho Científico

Prof. Dr. Antonio Sergio Cordeiro Piedade - UFMT
Prof. Dr. Carlos Eduardo Silva e Souza - UFMT
Prof. Dr. Clóvis Demarchi – Univali
Profª. Drª. Daniella Serra Castilhos - Univ. Portucalense.
Prof. Dr. Fernando Gustavo Knoerr - Unicuritiba
Prof. Dr. Gilberto Giacoia - UENP
Prof. Dr. Henrique Ribeiro Cardoso - UFS – UNIT
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP
Prof. Dr. Ivanaldo Santos - UERN
Prof. Dr. Jaime Domingues Brito - UENP
Prof. Dr. Lino Rampazzo - UNISAL
Prof. Dr. Marcelo Antonio Theodoro - UFMT
Prof. Dr. Marcio Pugliessi - PUC - SP
Prof. Dr. Paulo Nogueira da Costa – Univ. Coimbra
Prof. Dr. Paulo Ricardo Opuzka - UFPR
Profª. Drª. Regina Célia Martinez - FMU - SP
Profª. Drª. Regina Vera Villas Boas - PUC –SP
Prof. Dr. Ricardo Rossetti - Metodista
Prof. Dr. Sébastien Kiwonghi Bizawu - Dom Helder
Prof. Dr.Valter Foleto Santin- UENP
Profª. Drª. Viviane Coêlhode Séllos Knoerr - Unicuritiba
Profª. Drª. Zélia Luiza Pierdoná - Mackenzie

CONSELHO EDITORIAL

Claudio José Amaral Bahia
Doutor em Direito do Estado - PUC-SP
Mestre em Direito - ITE-Bauru

Cristina Veloso de Castro
Pós-Doutorado em Direito e Saúde - Universidade de Messina, Itália
Doutora em Direito - ITE-Bauru
Doutora em Derecho Empresarial - Universidade de Extremadura

Fabiana Polican Ciena
Doutora em Direitos Humanos - USP
Mestre em Ciência Jurídica - Faculdade Estadual de Direto do Norte Pioneiro – FUNDINOPI

Fernando de Brito Alves
Doutor em Direito - ITE-Bauru
Mestre em Ciência Jurídica - Faculdade Estadual de Direto do Norte Pioneiro – FUNDINOPI

Flávio Luis de Oliveira
Doutor em Direito – UFPR
Mestre em Direito– UFPR

Rui Carvalho Piva
Pós-Doutorado em Direito e Saúde - Universidade de Messina, Itália
Doutor em Direito - PUC-SP
Mestre em Direito – PUC-SP

Vanessa De Biassio Mazzutti
Doutoranda em Direito – Universidade de Lisboa
Mestre em Ciência Jurídica - Faculdade Estadual de Direto do Norte Pioneiro – FUNDINOPI

SUMÁRIO

Apresentação..... 9
Prefácio..... 11
Carta de Jacarezinho..... 13

CAPÍTULO I
OS LIMITES E AS POSSIBILIDADES DA FILOSOFIA DO DIREITO NA ATUALIDADE 15
Everson Aparecido Contelli, Paulo Rogério dos Santos

CAPÍTULO II
POLÍTICA, LIBERDADE E PLURALIDADE
..... 29
Luiz Henrique Néia Giavina Bianchi, Rogério Cangussu Dantas Cachichi, Valter Foleto Santin

CAPÍTULO III
A DEMAGOGIA COMO MANIPULAÇÃO DO ETHOS PELO LOGOS
..... 41
Joaquim José de Moraes Neto

CAPÍTULO IV
SOBRE O CONCEITO DE NATUREZA HUMANA EM MAQUIAVEL
..... 55
Nícolas Bortolatto Garcia Costa

CAPÍTULO V
A FRAUDE COMETIDA NA COMPRA E NA VENDA À LUZ DO PENSAMENTO TOMASIANO
..... 60
Lino Rampazzo, Marcius Tadeu Maciel Nahur

CAPÍTULO VI
O PERDÃO EM JAQUES DERRIDA E PAUL RICOEUR: UMA ANÁLISE DO LIVRO HORIZONTES DO PERDÃO
.... 78
Nayara Maria Silvério da Costa Dallefi, Ana Cristina Lemos Roque

CAPÍTULO VII
CONTRIBUIÇÕES DA TEORIA RUSSELIANA DA VERDADE DE MANHOLI (TVM) AO PROCESSAMENTO DE LINGUAGEM NATURAL NO PROCESSO ELETRÔNICO..... 95
Lucas Antônio Saran, Ilton Garcia da Costa, Rogério Cangussu Dantas Cachichi

CAPÍTULO VIII

A EXISTÊNCIA NO CONTEXTO DA MODERNIDADE LÍQUIDA NA PERSPECTIVA DE ZYGMUNT BAUMAN 119
Almir Rogério Aureliano, João Viesser, Marcos Paulo S. B. Merheb

CAPÍTULO IX
JACQUES MARITAIN, O HUMANISMO INTEGRAL E A CRISE DA CIDADANIA..... 129
Ivanaldo Santos

CAPÍTULO X
A INCAPACIDADE CIVIL, À LUZ DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA..... 135
Lucas Emanuel Ricci Dantas, Giovanna Rossetto Magaroto Cayres

CAPÍTULO XI
COLABORAÇÃO PREMIADA: CONTORNOS TEÓRICOS E CAPACIDADE POSTULATÓRIA DO DELEGADO DE POLÍCIA 150
André Luis Garcia, Henrique Hoffmann Monteiro de Castro

CAPÍTULO XII
REFUGIADOS E DIREITOS HUMANOS: BUSCA PELA EFETIVAÇÃO DA INCLUSÃO SOCIAL E GARANTIA DA VIDA 168
Felipe Augusto Rodrigues Ambrósio, Renan Cauê Miranda Pugliesi

CAPÍTULO XIII
DA EXCEPCIONALIDADE DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL 182
Vinícius Vilela dos Santos, Everson Aparecido Contelli

CAPÍTULO XIV
DO PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA EM RELAÇÃO AO ESTATUTO DO IDOSO: CONSIDERAÇÕES SOBRE O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL COM A FINALIDADE DE INCLUSÃO SOCIAL EM NOME DA SEGURANÇA JURÍDICA..... 200
Nayara Maria Silvério da Costa Dallefi, Rosa Maria Silvério da Costa Daleffi

CAPÍTULO XV
INQUÉRITO POLICIAL: PRESIDÊNCIA, FINALIDADES, VALOR PROBATÓRIO E ATUAÇÃO DEFENSIVA 223
Fernanda Carolina Franck, Henrique Hoffmann Monteiro de Castro

CAPÍTULO XVI
O DIREITO NATURAL E A ORDEM POSITIVA
..... 241
André de Oliveira da Cruz, Diego Nassif da Silva, Evaldo Gonçalves Leite

CAPÍTULO XVII
O NOVO CPC EM FOCO: A INOVAÇÃO DO NOVO PROCEDIMENTO COMUM, CELERIDADE E A EFETIVAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA
..... 246
Cyro José Jacometti Silva, Natália Letícia Rodrigues

CAPÍTULO XVIII
O NOVO MODELO DE FINANCIAMENTO DE CAMPANHAS BRASILEIRO
..... 252
Janaína de Oliveira Serra, Vanessa Rúi Fávaro

CAPÍTULO XIX
PROBIDADE E A NOVA PERSPECTIVA DO INTERESSE PÚBLICO: SUA RESSIGNIFICAÇÃO NO ATUAL CONTEXTO HISTÓRICO-LINGUÍSTICO BRASILEIRO
..... 268
Osvaldo Resende Neto, Henrique Ribeiro Cardoso

CAPÍTULO XX
BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE AS POLÍTICAS PÚBLICAS NO TOCANTE AO DIREITO À MORADIA E O RESIDENCIAL VISTA BELA NO MUNICÍPIO DE LONDRINA-PR
..... 285
Carla Maria Freres Stipp Baptista, Camila Freres Dorotheu Mascarenhas

CAPÍTULO XXI
O POTENCIAL EMANCIPATÓRIO NA DEMOCRACIA
..... 297
Danieli Aparecida Cristina Leite Faquim, José Eduardo Ribeiro Balera, Igor Henrique dos Santos Luz

CAPÍTULO XXII
AÇÕES AFIRMATIVAS E INCLUSÃO SOCIAL: O DIREITO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA AO EFETIVO ACESSO À EDUCAÇÃO
..... 307
Laísa Fernanda Campidelli, Livia Komono Tojeiro, Renan Cauê Miranda Pugliesi

APRESENTAÇÃO

Não é a academia pela academia, mas a academia para a comunidade, a academia para a sociedade.
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa

Depois de muitas reuniões no Grupo de pesquisa GPCERTOS e da interlocução interinstitucional com várias entidades, veio ao lume o *Simpósio Iso Certos 2016: Inclusão Social, nas fissuras do sistema, sociedade e integração*, tendo se realizado na Faculdade de Direito da UENP (dias 28 e 29 de julho) e na sede da Subseção da Ordem dos Advogados do Brasil/Subseção de Jacarezinho (dia 30 de julho). O livro a que o leitor ora tem acesso é fruto desses intensos dias de muito trabalho acadêmico, nos quais tivemos aproximadamente 600 pessoas circulando pelo evento.

No primeiro dia do Simpósio, tivemos a belíssima demonstração de robótica, organizada por alunos do Instituto Federal do Paraná, sob a coordenação do prof. Douglas Alexandre Rodrigues. Os presentes puderam desfrutar, outrossim, da sublime apresentação musical do professor Nathan Barros Osipe. Mas não foi só. Didáticas e instigantes palestras de abertura foram levadas a efeito por intermédio dos palestrantes Dr. David José de Oliveira e Dr. Mário Sueki Sonomura, ambos da Receita Federal do Brasil. Foram tratados importantes tópicos sobre a destinação de imposto de renda de pessoas físicas e jurídicas para finalidades assistenciais. As palestras despertaram muito interesse no público, que direcionaram muitas indagações aos conferencistas sobre temas práticos e atuais.

No segundo dia, contamos com 29 voluntários trabalharam arduamente na organização das mesas redondas simultâneas com 35 pessoas compartilhando conhecimentos na condição de palestrantes e debatedores. Com mais de uma centena de trabalhos submetidos, a maioria dos quais apresentados pelos autores, a propiciar plenamente o diálogo acadêmico acerca dos mais agudos problemas sociais, levando a sério a ideia de que não é a academia pela academia, mas a academia para a comunidade, a academia para a sociedade.

No último dia, além da participação especial do Juiz peruano Dr. Reyler Rodríguez Chávez, que nos legou belíssimo vídeo de saudação aos participantes do Iso Certos 2016, ainda os irmãos Ana Beatriz e André Luiz Leite fizeram belíssima apresentação musical aos presentes. Tivemos também célebre mesa redonda permeada por considerações relevantíssimas sobre a APAC como alternativa factível ao problema carcerário, sobretudo diante da APAC/JACAREZINHO já constituída na cidade sob a liderança do emérito Juiz de Direito Dr. Renato Garcia.

Digno de nota a título de um dos resultados concretos do evento foi a elaboração da "Carta de Jacarezinho pela Inclusão Social", que se encontra publicada nesse volume, documento esse que no dia 8/8/2016 recebeu por aprovação unânime na Câmara Municipal de Jacarezinho a Moção de Apoio 1/2016, proposta pelo Vereador Valdir Pereira Maldonado. Aludida Carta, como bem se lê da Moção referida, constituiu um ato concreto, um compromisso, um chamado, uma convocação para que todos da sociedade mobilizem-se em prol da inclusão social. Muitas temáticas foram tratadas, todas de

fundamental importância: inclusão da vítima, do egresso do sistema carcerário, bem como da proteção da dignidade do preso; inclusão do idoso, da criança e do adolescente; inclusão da pessoa com deficiência; inclusão da pessoa em situação de pobreza extrema e à margem da proteção trabalhista; inclusão do negro, dos índios e quilombolas; inclusão da mulher e das pessoas homoafetivas; e inclusão dos refugiados. Todos os sete itens da Carta foram discutidos e aprovados nos grupos de trabalho do Simpósio no dia 29 e/ou na Plenária realizada na Sede da Ordem dos Advogados do Brasil/Subseção de Jacarezinho no dia 30, onde, ao término do evento, o texto final da Carta foi proclamado solenemente pelo Presidente da OAB, Dr. Jaziel Godinho de Morais. É importante no ponto que todos divulguem ao máximo esse relevante documento, a fim de que ele se espraie no tecido social sua força inclusiva, a lançar por diferentes lados e vieses um movimento social concretizador da inclusão na nossa e em todas as sociedades contemporâneas.

Por derradeiro, merece toda nossa admiração e nosso agradecimento pelo apoio a Universidade Estadual do Norte do Paraná-UENP/Grupo de Pesquisa GP CERTOS, a Universidade Norte do Paraná-Unopar/Bandeirantes e a Faculdade de Educação, Administração e Tecnologia de Ibaiti-Feati, sem os quais nada seria possível. Da mesma forma, é de registrar nossa gratidão à OAB/Subseção de Jacarezinho, bem como o reconhecimento imperioso do apoio da Diocese de Jacarezinho e do Instituto Paranaense de Direito Administrativo-IPDA; e, por fim, àqueles que patrocinaram o evento, em especial à Fundação Araucária, à Companhia Paranaense de Energia-Copel, ao Sebrae, à Faculdade de Presidente Epitácio-Fape e à Caixa Econômica Federal.

À editora Redige, na pessoa do editor Prof. Dr. Rogerio Piccino Braga, fica o registro de nossa especial homenagem pelo esmero notável na publicação desse valioso material.

Cabe-nos, de em diante, persistir na senda da inclusão social. Apenas assim teremos uma sociedade mais justa, inclusiva e pacificadora.

Muito obrigado a todos e boa leitura!

Dr.Ilton Garcia da Costa, professor doutor da UENP, líder GP CERTOS,
Coordenador Geral do Simpósio Iso Certos 2016
Dr. Jaziel Godinho de Morais, Presidente da OAB/Subseção Jacarezinho
Dr. Rogério Cangussu Dantas Cachichi, Juiz Federal/Subseção Jacarezinho

PREFÁCIO

É incontestável que estamos vivendo em uma sociedade cada vez mais egoísta, onde os indivíduos, seja de maneira individual ou por meio de determinados segmentos, se manifestam e defendem seus interesses próprios, pouco se importando com os demais, especialmente àqueles que vivem à sua margem e que sofrem com as mais variadas formas de discriminação. Atualmente a atuação da sociedade civil restringe-se a criticara ineficiência do Estado na prestação de serviços sociais e no combate à discriminação dos excluídos. No entanto, isso não basta!

Qualquer alteração nesse grave cenário passa, em um primeiro momento, pela mudança de mentalidade da própria sociedade civil, que precisa deixar de ser "egoísta" e se tornar mais humana e solidária, preocupada com o bem de todos, inclusive aqueles por ela marginalizados. A partir da atuação dos cidadãos de uma forma mais ativa, seja por meio da fiscalização da Administração Pública ou então pela própria participação direta em projetos voltados à inclusão social, poderemos, sem sombra de dúvidas, atingir uma sociedade mais justa e igualitária.

É por essa razão que iniciativas que partem da sociedade civil, tais como o "*Simpósio ISO CERTOS 2016: Inclusão Social, nas fissuras do sistema, sociedade e integração"*, realizado entre os dias 28 a 30 de julho de 2016, na Universidade Estadual do Norte Pioneiro e na OAB/Subseção de Jacarezinho, merecem ser amplamente valorizados e divulgados. Vale lembrar que a ideia surgiu do grupo de pesquisa ISO CERTOS, capitaneado pelo Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa, e contou com o apoio da própria UENP, demais instituições de ensino da região, da OAB /Subseção Jacarezinho, do Instituto Paranaense de Direito Administrativo - IPDA, da Diocese de Jacarezinho, etc..

De igual relevância mostra-se a efetiva participação por parte dos membros da sociedade, especialmente pelos alunos, professores, profissionais dos mais variados ramos (juiz, promotores, advogados, psicólogos, matemáticos, economistas, etc), que contribuíram na apresentação dos artigos veiculados na presente obra, bem como na discussão dos temas relacionados à inclusão social, que deram origem à Carta de Jacarezinho, documento no qual firmaram compromissos em prol de uma sociedade menos discriminatória. São pequenas atitudes como essas que nos fazem sonhar com um mundo melhor!

Bruno Gofman – Mestrando em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná, Membro da Comissão de Gestão Pública, Transparência e Controle da Administração Pública da OAB/PR.

CARTA DE JACAREZINHO

SIMPÓSIO ISO CERTOS 2016: INCLUSÃO SOCIAL, NAS FISSURAS DO SISTEMA, SOCIEDADE E INTEGRAÇÃO

NOTA DE ESCLARECIMENTO SOBRE A CARTA DE JACAREZINHO PELA INCLUSÃO SOCIAL

Não é a academia pela academia, mas a academia para a comunidade, a academia para a sociedade.
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa

O ***Simpósio Iso Certos 2016: Inclusão Social, nas fissuras do sistema, sociedade e integração***, concretizou-se em Jacarezinho entre os dias 28 a 30 de julho, sob a Coordenação-Geral do prof. Dr. Ilton Garcia da Costa e organizado pela Universidade Estadual do Norte do Paraná-UENP/Grupo de Pesquisa GP CERTOS, pela Universidade Norte do Paraná-Unopar/Bandeirantes e pela Faculdade de Educação, Administração e Tecnologia de Ibaiti-Feati em colaboração com outras entidades como OAB/Subseção de Jacarezinho, Diocese de Jacarezinho e Instituto Paranaense de Direito Administrativo-IPDA, bem como do patrocínio da Fundação Araucária, da Companhia Paranaense de Energia-Copel, da Editora Redige, do Sebrae, da Faculdade de Presidente Epitácio-Fape e da Caixa Econômica Federal.

A ***Carta de Jacarezinho pela Inclusão Social*** constitui um ato concreto, um compromisso, um chamado, uma convocação para que todos da sociedade mobilizem-se em prol da inclusão social. Não representando a opinião particular de nenhuma instituição apoiadora do evento, todos os sete itens da Carta foram discutidos e democraticamente aprovados nos grupos de trabalho do Simpósio no dia 29 e/ou na Plenária realizada na Sede da Ordem dos Advogados do Brasil/Subseção de Jacarezinho no dia subsequente, onde, ao término do evento, o texto final da Carta foi proclamado solenemente pelo Presidente da Subseção da Ordem dos Advogados do Brasil/Subseção Jacarezinho, Dr. Jaziel Godinho de Morais.

Carta de Jacarezinho pela Inclusão Social

*Os participantes do **SIMPÓSIO ISO CERTOS 2016**, reunidos na cidade de Jacarezinho, Paraná, Brasil, de 28 a 30 de julho de 2016, na Universidade Estadual Norte do Paraná e na Sede da Ordem dos Advogados do Brasil - Subseção de Jacarezinho, assumindo o dever de contribuir para inclusão social à guisa de especial obrigação de todos que pretendem conviver em democracia; reafirmando os ditames constitucionais para construção de uma sociedade livre, justa e solidária, para erradicação da pobreza e da marginalização; considerando a fraternidade e a misericórdia especiais instrumentos para superação da intolerância e dos conflitos contemporâneos; tomando em conta que há de estar presente na agenda de compromissos assumidos pelo Estado brasileiro a redução das desigualdades sociais e a promoção do bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e de quaisquer outras formas de discriminação; assumindo que a exclusão social é fator*

dificultador da paz e do bem-estar social; reconhecendo a existência do direito fundamental à inclusão social; tendo em mente que, fazendo parte da única família humana, constitui substrato mínimo a qualquer forma de organização social legítima o respeito pela diferença; ***CONCLAMAM*** *todos a concretizar com coragem, divulgar com amor e estimular com firmeza as seguintes ações e boas práticas para justiça e inclusão social:*

1. *Apoiar práticas que abram espaço às vítimas de delitos para se expressar quanto às suas necessidades em vista da completa reparação do dano causado, inclusive quanto à confiança e integridade psíquico-emocional. Sobremais, disseminar práticas sociais contrárias àquelas estigmatizantes dos egressos do sistema carcerário, a fim de que possam eles (re)integrar-se à sociedade. Da mesma forma, apoiar iniciativas que promovam o diálogo sobre o acesso à justiça criminal e a ressocialização dos presos por intermédio de métodos alternativos de solução de conflitos e ao sistema carcerário tradicional, respectivamente.*

2. *Reafirmar a importância social da proteção especial do idoso, da criança e do adolescente na condição de elo de ligação atual entre passado e futuro da sociedade, tratando com urgência e prioridade as demandas sociais que lhes digam respeito.*

3. *Admitir que não só a eliminação de barreiras arquitetônicas em logradouros, prédios e veículos de transporte coletivo, mas também o estabelecimento de políticas públicas de cotas para ingresso em cargos e empregos públicos, assistenciais e de incentivos fiscais constituem mecanismos de acessibilidade e inclusão social das pessoas com deficiência, atribuindo-lhes o equânime tratamento para garantir igualdade de oportunidades.*

4. *Apoiar melhor distribuição de riqueza em nosso País, notadamente em favor daqueles que vivem em situação de pobreza extrema. Apoiar a redução de tributos incidentes sobre a relação de trabalho como forma de estimular a criação de empregos sob proteção das leis trabalhistas, representativas de conquistas marcantes no processo de evolução social, econômica e jurídica do Brasil.*

5. *Apoiar políticas públicas lastreadas em ações afirmativas no combate à discriminação e na redução das desigualdades sociais em prejuízo das minorias como negros, índios e quilombolas, estimulando a preservação de culturas, tradições e crenças de todos os povos.*

6. *Promover, divulgar e apoiar práticas de inclusão da mulher e da pessoa homoafetiva com a finalidade de concretizar o princípio da igualdade e dignidade da pessoa humana, ambos amplamente garantidos pelo Estado de Direito Democrático Constitucional, propiciando maximizar o reconhecimento social e estatal dessas garantias, evitando as desigualdades reversas de gênero e permitindo a compreensão definitiva do humanismo do outro por toda a sociedade.*

7. *Reconhecer o caráter humanitário e social do problema dos refugiados no mundo, zelando para a devida inclusão destes nos países de asilo sem que tal inclusão implique violação ou diminuição de costumes, crenças e tradições que lhes sejam próprios. Repudiar ações de outros países tendentes à expulsão por motivo de raça, crença, nacionalidade, grupo social a que pertence ou opiniões políticas.*

CAPÍTULO I

OS LIMITES E AS POSSIBILIDADES DA FILOSOFIA DO DIREITONA ATUALIDADE

Everson Aparecido Contelli[1]
Paulo Rogério dos Reis[2]

RESUMO: O presente trabalho objetiva propor uma análise sobre o tema "Quais os limites e as possibilidades da Filosofia do Direito na atualidade". A relevância dessa proposta reside na busca de uma abordagem interdisciplinar e humanística do fenômeno jurídico, evitando reducionismo e ampliando o leque de condições e possibilidades para uma análise global e crítica. Para tanto, partiremos de uma reflexão conceitual e valorativa sobre o conceito de Filosofia, Direito e Filosofia do Direito, passando por diversas perspectivas e enfatizando, sobretudo, a importância da Filosofia do Direito, seus limites e possibilidades em épocas marcadas por crises e mudanças significativas, como na atualidade.

Palavras-chave: Filosofia. Filosofia do Direito. Direito. Justiça. Justiça Social.

INTRODUÇÃO

O presente artigo visa analisar quais os limites e as possibilidades da Filosofia do Direito na atualidade. Para isso, propomos abordar esse tema em quatro momentos. Primeiramente, pretendemos definir o que é Filosofia a partir de uma perspectiva reflexiva, conceitual e valorativa, evitando o redutivismo mecanicista e buscando sempre identificar os elementos constitutivos que caracterizam o filosofar. Posteriormente,

[1]Mestrando em Direito pela UENP – Universidade Estadual do Norte do Paraná. Delegado de Polícia no Estado de São Paulo. Professor da FAPE de Presidente Epitácio-SP, integrante do Grupo de Pesquisa GPCERTOS, liderado pelo professor Doutor Ilton Garcia da Costa e do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas e Direitos Sociais, liderado pelo professor Doutor Valter Foleto Santin, ambos vinculados à UENP. E-mail:eversonrosana@terra.com.br
[2] Bacharel em Direito pela FAPE.Professor de Filosofia na Rede Pública de São Paulo.

abordaremos o conceito de Direito; identificamos seus objetivos, objetos de estudo e sua importância. A seguir, apresentaremos, a partir de uma perspectiva dialética, o conceito Filosofia do Direito; por último, apresentaremos uma discussão sobre os limites e as possibilidades da Filosofia do Direito na atualidade, destacando, sobretudo, os desafios apresentados aos filósofos do Direito em sua missão de apreciar e refletir criticamente os desafios acerca dos os fenômenos e problemas jurídicos atuais.

Palavras - chaves: Filosofia, Direito, Filosofia do Direito, Limites e Possibilidades, atualidade, critica.

2 FILOSOFIA, O QUE É?

O conceito de Filosofia é, por natureza, dinâmico, aberto, vago e, às vezes contraditório, pois sofreu inúmeras alterações em seu significado ao longo da história.

O primeiro filósofo a utilizar o termo "Filosofia", propriamente dito, foi Pitágoras (Século V a. C); seu intuito era indicar o estado de espírito daquele que deseja buscar a sabedoria e a verdade movida pelo sentimento de amor pela sabedoria e pelo saber. Segundo Pitágoras, a Filosofia resulta da união de duas palavras gregas:"Filos" (amor, amizade) e "Sophia" (sabedoria, saber). Assim, Filosofia significava para Pitágoras, amor ao saber ou amizade à sabedoria.(CORDI, 2007).O conceito pitagórico de Filosofia não é meramente etimológico; pois transcende o sentido literal do conceito e expressa a postura daqueles que se dedicam a sabedoria e são movidos pelo amor incondicional ao saber,(ARANHA & PIRES, 2009)

Para Pitágoras, o filósofo não era o detentor do saber, muito menos um sábio; o filósofo era um amigo, um buscador da verdade; esta por sua vez, deveria ser permanentemente conquistada. Sendo assim, a missão do filósofo era buscar a sabedoria, conhecer a verdade e depois, partilha-la com os outros homens. Afirmar que o filósofo é um amante da sabedoria e da verdade, equivale afirmar que ele era movido pelo desejo intenso de conhecer, da mesma forma que a amada é atraído pela amante.

Sócrates, por sua vez, afirmava que Filosofia era definida como sendo o conhecimento de si mesmo. Sua máxima principal era "conheça a si mesmo" (CHAUÍ, 2000, p. 43). É conhecendo a si mesmo que o homem chega à verdade. Seu pensamento inaugura a reflexão humanista, uma vez que o ponto de partida de suas reflexões filosóficas era levar as pessoas ao autoconhecimento, por meio da maiêutica, à sabedoria e à prática do bem. Nesse sentido, ele visualiza a Filosofia como sendo um instrumento para a formação humana, comprometido com a verdade.

Para Platão, Filosofia não é um saber meramente especulativo desvinculado da realidade concreta, pelo contrário, é a união indissociável entre o saber e o fazer, ou seja, a Filosofia é a síntese entre reflexão-ação e ação-reflexão; sem o fazer, a reflexão é estéril e o fazer sem reflexão é ativismo. Nesse sentido, Platão combate o mito segundo o qual os filósofos eram meros especulares da história e corrobora a tese de que os filósofos deveriam ter uma postura ativa orientada pela reflexão e comprometida com os problemas da realidade concreta de seu tempo.

Aristóteles, por sua vez, define a "Filosofia como ciência da verdade".(ARANHA, 2013, p. 249) Esse conceito revela uma concepção de filosófica fundada no saber abstrato, universal e dedutivo, mas também vinculado e comprometido com a realidade. Foi a partir da preocupação de busca a verdade, que ele buscou criar instrumentos metodológicos para evitar contradições, falácias e os raciocínios equivocados, sem deixar jamais a observação e o experimento científico nem militância política de sua época; afinal, foi ele o grande organizador e sistematizador do pensamento filosófico, político e jurista grego, além de preceptor de Alexandre Magno. O conceito aristotélico de Filosofia resistiu ao tempo e ainda persiste firme e sólido. A verdade era, para o estagirita, uma necessidade vital e um fim a ser perseguido; para garantir sua verificação ele criou a lógica que é a base fundamental de seu sistema filosófico. (ARISTÓTELES, 1998)

Para Epicuro, "de tudo aquilo de que dispõe a sabedoria para a felicidade de toda nossa vida, de longe o mais importante é a preservação da amizade". (MATOS, 1997) Ele a comparava a Filosofia com a medicina; a primeira cuidava do corpo, a segunda da alma. A Filosofia que ele praticava era uma intervenção terapêutica, uma maneira de tratar o padecimento da alma. O objetivo de sua Filosofia era a conquista da alegria de viver, isto é, da felicidade, entendida como busca máxima do prazer e a diminuição de todas as fontes de sofrimento. (EPICURO, 2009)

Na idade média, a Filosofia era, segundo Chauí (2010), considerada como mero instrumento da Teologia. Partindo dessa premissa, os principais filósofos medievais, como por exemplo, Santo Tomas de Aquilo e Santo Agostinho, edificaram sua obra filosófica. Aquele fez uma leitura das obras de Aristóteles, esse de Platão. Eles batizaram o pensamento filosófico grego e construíram a base da Teologia Católica, buscando conciliar o conflito entre fé e a razão. Os argumentos filosóficos serviam de instrumentos para justificar os dogmas e nunca para superá-los e destruí-los, por que eles estão assentados na revelação e esta deve ser respeitada porque é divina. Dessa forma, a Filosofia, para os escolásticos, só foi aceita como serva da teologia, com o objetivo de justificar e explicar de forma racional a fé sem lógica. Fazer silogismos passou a ser um passatempo dos teólogos. Brincavam de Filosofia nos mosteiros como as crianças brincam de jogos educativos nas escolas.

Na idade moderna, a Filosofia delineou melhor os limites do estudo filosófico, se afasta da teologia e prepara o terreno fértil para o futuro desenvolvimento da ciência, foi nesse sentido que surge o empirismo, o racionalismo e o criticismo.

Descartes, pai da Filosofia moderna, retoma o conceito pitagórico de Filosofia; para ele a Filosofia é o ponto de partida e fundamento da sabedoria, da arte, das ciências e da vida. É a partir da dúvida metódica e da descoberta do homem como ser pensante (*Cogito ergo sunt*) que Descartes edifica a base do pensamento moderno.

Descartes inaugura uma forma de pensar onde a consciência é o ponto de partida para o discurso cientifico e ético. Ele acreditava na capacidade que o homem tem de construir o seu próprio conhecimento e criou um caminho (DESCARTES, 2000) e estabeleceu regras para que pudesse chegar à verdade.

Descartes visualiza a Filosofia como sendo uma árvore. A metafísica são comparadas às raízes; a física, ao tronco e as demais ciências são os galhos. Dessa forma, ele visualizava o conhecimento como uma unidade articulada onde todos os saberes estão conectados. A Filosofia não meramente especulativa, mas se constituía um saber útil na vida cotidiana das pessoas. A árvore filosófica produz frutos que são colhidos, através das ciências práticas que são galhos.

Para Descartes, o objetivo principal da Filosofia não é a teorização abstrata, ela precisa ser pratica para a vida; ela tem que criar condições e possibilidades para que o homem possa se assenhorar da natureza. Sua missão de ser um instrumento para melhorar a vida dos homens. É necessário pensar corretamente para agir corretamente; nesse sentido criou um método para

conduzir os pensamentos na busca da verdade e estabeleceu, em sua obra Discurso do Método, princípios norteadores para orientar essa busca; são eles: princípio da evidência; princípio da análise; princípio da síntese; e finalmente, o princípio do controle; Além disso, Descartes possui uma concepção dualista da realidade, pois divide a matéria do pensamento, o corpo da alma. A alma busca o conhecimento da verdade, o corpo é responsável pelas sensações. (DESCARTES, 2000)

Fichte, filósofo racionalista, definiu Filosofia como sendo uma "ciência da ciência em geral" (ARANHA & MARTINS, 2013, p. 183). A visão de Fichte revela uma pretensão universalizada da Filosofia, característica predominante do pensamento racionalista, cuja tese principal era a hegemonia da razão sobre as outras dimensões da vida. Para Fichte, a Filosofia é o conhecimento abrangente da realidade, uma compreensão da totalidade do real. Essa concepção generalizante da Filosofia decorre do fato de ser a Filosofia mãe e avó de todas as demais ciências; A Filosofia deve estudar os fundamentos e os pressupostos grais, enquanto que as ciências se preocupam com um objeto de estudo específico.

Segundo John Dewey, Filosofia é abordada como "um instrumento de crítica dos valores" (ARANHA & MARTINS, 2013, p. 206), no sentido de crítica das crenças, das instituições, dos costumes, das políticas, no que se refere seu alcance sobre os bens. Nessa esteira, a concepção de Filosofia de Jonh Dewy esta na crítica aos princípios que regem o mundo cultural. É na crítica fundamentada e articulada que a Filosofia se realiza; O filosofo questiona, busca entender os fundamentos, enxergar além das aparências e desmistificar o óbvio. Para ele a Filosofia é uma espécie de instrumento para resolver os problemas. Para ele as ideias não são falsas ou verdades absolutas, porque podem ser corrigidas ou aperfeiçoadas. As ideias estão ligadas à prática, isto é, ao mundo real.

Para Merleau Ponty, "Filosofia é reaprender a ver o mundo" (Merleau Ponty apud LIMA, 1977, p.27). A reflexão Filosofia permite a ver o mundo a partir de uma perspectiva critica e analítica. Filosofar é ver o que o senso comum não vê, é ir além das aparências e penetrar nas causas do ser. É olhar com estranhamento e questionar aquilo que é considerado como verdade inquestionável. Nesse aspecto, a Filosofia é vista como um instrumento que liberta, conscientiza, ao passo que o senso comum, em razão de suas limitações, é insuficiente para desvendar a realidade que esta por traz dos interesses e das ideologias hegemônicas.

Miguel Reale (2001) por sua vez, reconhece que há uma série de definições de Filosofia produzida sobre a matéria e propõe que se deve buscar o significado do conceito Filosofia através de um exame das exigências que suscitaram os problemas filosóficos clássicos historicamente reconhecidos. Esse entendimento produz um ambiente propicio para reflexão filosófica. Assim, o filósofo, movido pela paixão pela verdade e pelo amor à sabedoria, busca os pressupostos últimos daquilo que se sabe. Dessa forma, a Filosofia começa com um estado de inquietação e de perplexidade, ou melhor, com a atitude de estranhamento perante a natureza, crescendo em dúvidas, renovando as perguntas formuladas e buscando novo sentido para as respostas que sejam condições das demais.

A partir da visão da Filosofia realeana, podemos afirmar que o homem passou a filosofar na medida em que se viu cercado de problemas e pelo mistério, adquirindo consciência de sua dignidade pensante. Procurando sempre respostas às perguntas sucessivas, objetivando atingir verdades gerais, que põem a necessidade de outras, numa busca de sentido da vida e da realidade. Quando atingimos uma verdade que da razão de ser de todo um sistema de conhecimento, atinge-se um princípio ou um pressuposto. (REALE, 2001)

Para Reale, a Filosofia é a síntese do esforço perene de alcançar as raízes dos problemas; por essa razão que a Filosofia se divide em grandes áreas de acordo como problema abordado;

metafísica trata questões ligadas ao ser. Teodicéia, questões relacionadas à existência da Deus. Gnosiologia, questões vinculadas ao conhecimento, dentre outra áreas, por exemplo.

A Filosofia não existiria se todos os filósofos culminassem em conclusões uniformes, idênticas. O pensamento não pode ser engessado nem preço numa gaiola. O pensamento Filosofia é dinâmico e dialético e se desenvolve em tese, antítese e síntese.

A busca pelas razões últimas das coisas e dos primeiros princípios implica a possibilidade de soluções diversas e de teorias contrastantes, o que equivale afirmar que a universalidade da Filosofia esta de certa forma mais nos problemas do que nas soluções.

Nesse sentido, afirma o filosofo brasileiro Dermerval Saviani a "Filosofia é uma reflexão (radical, rigorosa e de conjunto) sobre os problemas que a realidade apresenta" (SAVIANI, 2007, p.20). A Filosofia é uma reflexão, mas não qualquer reflexão; a reflexão para ser filosófica precisa seguir algumas exigências. A reflexão filosófica, diferente da reflexão do senso comum, precisa satisfazer três exigências; ser radical, ser rigorosa e de conjunto. A reflexão filosófica não pode ser realizada de forma espontânea, descomprometida e sem qualquer esforço consciente; pelo contrário, ela pressupõe algumas exigências fundamentais e requer esforço, dedicação, organização e um trabalho árduo.

Toda reflexão filosófica trata sobre pelo menos um problema da realidade. Para efeito didático os problemas filosóficos são divididos em campos de investigação, temas e disciplinas; assim, temos a estética, ética, metafísica, epistemologia, lógica, por exemplo.

Diante do exposto podemos afirmar que o conceito de filosofia é dinâmico, elástico, reflexivo e que sempre caracteriza pela busca reflexiva da verdade e movida pelo "sentimento" de amor pelo saber.

3 DIREITO, O QUE É?

Assim como o conceito de filosofia, o conceito de Direito não é pacífico; pelo contrário, há várias definições, cada um deles possui um significado próprio e representa uma dimensão do fenômeno jurídico e é sempre condicionado pelas condições históricas, culturais, filosóficas e culturais.

A partir de uma perspectiva do senso comum, o direito não passa de um "sentimento", algo semelhante ao amor, que surge nas experiências e nos sentimento dos homens (LIMA, 1958, p. 29). Desta forma, todos os homens sentem o Direito, uma vez que todos sabem intuitiva e empiricamente o que é Direito, apesar de não sabê-lo explica-lo de forma lógica e racional. É uma definição que todos os instantes são empregados nas relações do cotidiano que podem ser expressão nas frases: "o direito foi violado"; "o direito do trabalhador precisa ser reconhecido", "eu tenho direito", por exemplo.

O conceito de direito talhado pelo senso comum é importante e constitui a base elementar a partir do qual os juristas buscaram aprofundar o conhecimento acerca do fenômeno jurídico, utilizando critérios objetivos, metódicos e racionais; dessa forma buscam superar a precariedade conceitual dada pelo homem comum ao que é Direito; vejamos assim, alguns:

Etimologicamente, o termo Direito "é oriundo do latim directu, (reto, correto) substituindo a expressão clássica ius ou jus, que indicava a norma fundamental formulada pelos homens com o objetivo de ordenar e pacificar a sociedade numa determinada época" (FUHER & MILARES, 2003, p. 3). Nesse sentido podemos, por exemplo, falar de Direito Alemão, Direito Brasileiro, Direito Português.

Segundo Guimarães, o direito é uma ciência, que superou os limites da subjetividade e do sentimento de justiça imanente no coração dos homens, e adotou um método próprio das ciências naturais marcada principalmente pelo método racional, sistemático e rigorosamente organizada; nesse sentido ele afirma.

> ”a Ciência que sistematiza as normas necessárias para o equilíbrio das relações entre o Estado e o cidadão e destes entre si, impostas coercitivamente pelo Poder Público.” (GUIMARÃES, 2006, p. 259).

Desse conceito podemos extrair a tese de que o direito é uma ciência cujo objeto de estudo é o conjunto de normas necessárias para a pacificação social e a harmonia nas relações sociais; essas normas são impostas coercitivamente pelo Estado e obedecida pelos seus cidadão ou súditos.

Para Cretella Junior, "O direito é uma complexo de normas reguladoras da conduta humana, com força coativa" (CRETELLA, 2001, p. 120). Esse conceito corrobora a ideia de que o Direto é uma ciência reguladora da conduta humana, cuja característica principal é a imposição coercitiva; mas, também tem a função de Permitir, autorizar, aprovar; ou seja, o Direito possui a finalidade de regular a vida social.

Para Hans Kelsen, o Direito é “a realização da lei, a lei escrita, a norma de agir, de exteriorizar-se pela ação”. (GUIMARÃES, 2006, p.259) A definição de Direito de Kelsen expressa a visão do que é o Direito a partir do positivismo jurídico, cuja ideia primordial é purificar o Direito das demais áreas do saber e elevar a ciência jurídica a um grau de autonomia.

Para Miguel Reale, “o Direito é a vinculação bilateral imperativo-atributiva da conduta humana para a realização ordenada dos valores de convivência” (GUIMARÃES, 2006, p. 259). O conceito de Direito realeano transcende os limites impostos pela lei, mas busca integrar o direito dentro de um universo dos valores historicamente vigente em uma sociedade específica Reale pensa o conceito de direito a partir da trilogia: fato, valor e norma. Nesse sentido, o Direito para ele é o elo dialético entre os elementos da trilogia realeana (fato, valor e norma), cujo objetivo é regular a conduta humana e promover a justiça que se materializa com a valorização e tutela dos valores fundamentais de uma sociedade.

Portanto, o Direito, em sentido lato, independente da perspectiva apresentadas, é todo complexo de normas que regula a totalidade da vida humana cuja característica é impor sanções. Assim, o fenômeno jurídico possui significado próprio e específico por estar condicionado pelas condições históricas, culturais, filosóficas e culturais.

4 – FILOSOFIA DO DIREITO, O QUE É?

O que é Filosofia do Direito? Existem inúmeras respostas a essa pergunta e esta longe de ser uma combinação mecânica dos termos Filosofia e Direito, pois os filósofos de ofício buscam, a partir da tradição filosófica, refletir sobre as questões filosóficas relevantes sobre os fenômenos do mundo jurídico; nessa perspectiva, a Filosofia do Direito é uma das partes da Filosofia, ocupando assim, o mesmo lugar da epistemologia, gnosiologia, lógica, teodiceia e as demais áreas da Filosofia geral. Essa concepção é compartilhada por Miguel Reale, por exemplo. Já os juristas de formação, por sua vez, buscam na Filosofia do Direito, os pressupostos, o fim último do Direito e os princípios que permitem elaborar o Direito como um ordenamento jurídico coerente, perfeito, sem lacunas e articulado; podemos destacar, nesse rol, Norberto Bobbio e Kelsen.

Para Miguel Reale (2001), independente da concepção e dos caminhos metodológico escolhido, o objetivo é sempre o mesmo, estudar a partir de uma perspectiva filosófica os fenômenos jurídicos; porém, não devemos esquecer que cada filósofo ou jurista possui uma concepção acerca do Direito e da Filosofia; assim, a Filosofia sobre a ventilada pelas experiências, ideologias e visão de mundo; por exemplo, um Jurista marxista vê a propriedade privada diferentes de um liberal; um jurista positivista vê as questões morais diferentes de filósofo jus naturalistas e assim sucessivamente. Dessa forma temos várias respostas à questão: "o que é Filosofia do Direito?"

Para Miguel Reale, por exemplo, a Filosofia do Direito não é uma disciplina jurídica autônoma ministrada nos cursos jurídicos do país; ela é própria filosofia voltada para a realidade jurídica; nesse sentido, nem da falar que é uma filosofia especial, porque possui valor universal, a experiência histórica e social do direito.

A partir da afirmação de Miguel Reale, podemos constatar que seu pensamento jus filosófico não constitui uma leitura simples ou comentários de pensamento de outros filósofos historicamente consagrados pela história; pelo contrário, ele produziu um pensamento filosófico genuíno, cujo ponto de partida é a crítica do positivismo e do criticismo kantiano. Reale não tem a pretensão de edificar um sistema filosófico complexo nem um sistema jurídico, como Platão, Hegel e Kelsen, por exemplo; seu intuito era lançar os pressupostos filosóficos que fundamentassem seu pensamento jurídico que permitisse entender a experiência jurídica.

Miguel Reale foi bem sucedido em sua empreitada em sua empreitada intelectual, principalmente em sua teoria tridimensional do Direito; com ela ele foi tornou reconhecido como um dos maiores filósofo jurista brasileiro da atualidade. Seu legado ventila o ordenamento jurídico brasileiro.

Segundo Miguel Reale, cada filósofo define a Filosofia a partir de sua visão de mundo, de seus interesses, de suas ideologias, o que nos induz a afirmar que esse seja um conceito dinâmico, múltiplo e às vezes contraditório. A visão positivista sobre Filosofia não é a mesma do que uma visão historicista, por exemplo. Além disso, o conceito de Filosofia de um filósofo representa, em síntese, sua visão de mundo, seus interesses, suas ideologias e os pressupostos a partir do qual ele articula suas ideias.

Assim, a Filosofia ventila todos os horizontes de possibilidades do real, assim como o Direito que ocupa todos os meandros da vida. Dessa forma, onde quer que exista o homem, aí existe o Direito como expressão de vida e de convivência. É exatamente por ser o Direito fenômeno universal, que ele é passível de indagação filosófica.

Já a partir do Jus-filósofo brasileiro Cretella, a Filosofia do Direito é uma disciplina que submete o Direito a um sistemático exame valorativo e crítico, procurando as causas primárias, os princípios lógicos e os pressupostos a partir do qual ciência jurídica. Nesse sentido, para Cretella afirma que a Filosofia do Direito é uma disciplina subordinada ao Direito, cujo objetivo principal é analisar de forma critica e valorativa os fenômenos jurídicos a partir de diversas perspectivas; assim, apesar da Filosofia do Direito estar subordinada ela não pode ser restrita somente à interpretação literária da lei; pelo contrário, ela transcende os limites do mundo jurídico por tratar de questões que não são relevantes somente para o Direito. Assim, a Filosofia do Direito oferece aos juristas condições e possibilidades para pensar o Direito a partir de várias perspectivas, evitando o reducionismo que pode levar o empobrecimento Intelectual e ao automatismo das formas.

Habermas, por sua vez, aduz que na Alemanha, a Filosofia do Direito não é mais tarefa exclusiva dos filósofos e que a filosofia do direito, não esta adstrita à especializada juridicamente historicamente, aquilo que era mantido a partir da perspectiva hegeliana, na atualidade necessita

da contribuição de procedimentos metodológicos multidisciplinar, incluindo elementos da Teoria do Direito da Sociologia do Direito, da História do Direito, da Teoria Moral e da Teoria da Sociedade. (HABERMAS, 2003, p. 09.)

Bittar, por sua vez, concebe a Filosofia esta atrelada ao mundo jurídico e contribui para a ampliação do olhar mais abrangente e critico do jurista. Para ele, a Filosofia do Direito é uma reflexão sobre os princípios, a disciplina da liberdade, da justiça da paz, das leis que regem a vida em sociedade, da responsabilidade.

Para Alves, a Filosofia do Direito é fruto da contribuição histórica que a Filosofia proporcionou ao mundo jurídico, desde os filósofos gregos que se dedicaram a cunhar de forma racional os conceitos do Direito e institutos fundamentais da ciência jurídica, aos romanos, que permitiu à ciência jurídica dar um salto de qualidade com o seu reconhecimento, sistematização e consolidação.

Nesse sentido, a Filosofia do Direito historicamente contribui e contribui para que o Direito não seja reduzido a um simples conhecimento técnico, onde os operadores e aplicadores da lei se atém simplesmente a manipular de forma automática dispositivos legais. Além disso, sua importância deve ser condições e possibilidade para que o militante do Direito adquira, a partir dos recursos próprios da Filosofia (lógica, epistemologia, ética, estética, antropologia, por exemplo) competências e habilidades para enfrentar os problemas com consciência e compromisso ético. Nesse sentido, que devemos buscar refletir sobre os limites e as possibilidades da Filosofia do Direito na atualidade.

5. LIMITES E POSSIBILIDADES DA FILOSOFIA DO DIREITO NA ATUALIDADE

Qual a importância da Filosofia do Direito na atualidade? A resposta a essa questão é dada de forma incisiva e incontestável pelo grande jurista italiano Carnelutti (REALE, 2001). Segundo ele, todos os ramos da ciência respira filosofia, mas sua necessidade é mais sentida no Direito, uma vez que é impossível pensar o Direito, sem antes passar por conceitos filosóficos, como por exemplo: Justiça, Liberdade e Poder.

A concepção de Carnelutti acerca da importância da Filosofia do Direito influenciou, de forma categórica, o pensamento jus filosófico de Miguel Reale. Na perspectiva realeana, a Filosofia (Filosofia pura e a Filosofia do Direito) foi elevada a condição de conhecimento essencial para o jurista pensar qualquer questão relevante para o Direito; Além disso, ele afirma que quem não conhece questões filosóficas, sequer conhece o Direito. Essa é a premissa fundamental a partir do qual Reale constrói seu pensamento filosófico-jurídico.

No mesmo sentido Montoro (1987), afirma que a Filosofia do Direito lecionada nos cursos de bacharelado de Direito do país, tem como objetivo questionar e refletir sobre o sistema jurídico que via de regra é estático, logicamente concatenado e que representa a ordem política hegemônica.

Estática, porque vê o Direito como um sistema completo, fechado, perfeito, sem lacunas e sem contradições. Parcial, porque só considera, no amplo campo do Direito, as normas jurídicas estatuídas pelo Estado, limitando assim o campo do Direito ao 'Direito oficial'.

A Filosofia do Direito permite ao jurista uma visão de conjunto: a Filosofia do Direito partir sempre de uma perspectiva globalizante, evitando o reducionismo ou

qualquer análise que considere somente uma perspectiva do fenômeno jurídico, como elementos isolados do todo.

A Filosofia do Direito não pode sufocar uma análise apenas factual ou técnica, nem apreciação de dados que necessitam de fundamentos sem justificativas; mas deve principalmente apresentar uma análise global critica e permanente do Direito. Dessa forma, a Filosofia traz para o Direito uma visão panorâmica, porque ela é, em si, uma reflexão de conjunto; diferente das demais ciências, que buscam sempre o conhecimento a partir de uma perspectiva do especialista. O especialista busca saber mais sobre menos; o filósofo do Direito, mais sobre mais, isto é, busca compreender o conjunto do fenômeno jurídico a partir de uma visão globalizante.

Por exemplo, como entender a teoria da separação dos poderes sem considerar os estudos de Platão, Aristóteles, Locke, Maquiavel, Hobbes, dentre outros que contribuíram Direito ou indiretamente com a teoria tripartite do poder; além disso, deve considerar o contexto histórico, o poder político e econômico vigente na época, e os pensadores hegemônicos que abordaram a questão proposta.

A busca pela especialidade, em detrimento de uma visão de conjunto, é uma preocupação permanente não só para o jurista, considerando que vivemos numa época dinâmica, onde a especialidade é uma exigência, em virtude do excesso produção de leis e a quantidades de julgados, doutrinas e inúmeras fatos que surgem no mundo do Direito diariamente.

A Filosofia nasce, na Grécia antiga, como o conhecimento racional que se preocupava com a explicação toda realidade, em oposição ao conhecimento mítico, Assim, o filósofo era matemático, político, jurista, engenheiro, astrônomo; eles buscavam compreender as causas e a finalidade das coisas. Ao longo da história, a área do conhecimento foi ganhando autonomia, mas a Filosofia manteve a característica de analisar a realidade a partir de uma visão de conjunto, evitando que o conhecimento fosse tratado de maneira estanque e separado.

No Direito, segue a mesma tendência das demais ciências, buscando sempre especialidade, reduzindo e isolando os fenômenos jurídicos e comprometendo a visão de conjunto.

Superar a tendência de fragmentar o fenômeno jurídico foi o principal desafio de Miguel Reale. Ele elevou a Filosofia do Direito, com sua teoria tridimensional, a um novo patamar a partir do qual o Direito é visto a partir de um prisma generalizando, evitando o reducionismo apresentado pelos demais juristas.

Para ilustrar essa tese, vamos recorrer à figura do Ser humano, por exemplo; pois ele recebe diferentes tratamentos e denominações, de acordo com a área a partir do qual é abordado. No Direito, ele pode receber inúmeras denominações; No Direito tributário é chamado de contribuinte; de acusado, procurado, réu e condenado, no Direito penal; requerente ou requerido, no processo civil; dentre outras nomenclatura jurídica.

A mesma coisa, pode se afirma dos atos jurídicos de acordo com a área que esta sendo tratada. O conceito de fato gerador, próprio do Direito Tributário, é a descrição típica de um imposto; tem como termo equivalente, no Direito Penal, o Fato Típico. Ambos descrevem uma abordagem específica para uma situação relevante para o Direito.

A Filosofia do Direito procura analisar os fatos jurídicos a partir de uma perspectiva de conjunto, considerado uma abordagem interdisciplinar, ampliando o leque de possibilidades de análise dos fenômenos jurídicos.

A Filosofia do Direito é um saber crítico a respeito das formulações jurídicas

A Filosofia do Direito é um saber crítico por excelência das formulações jurídicas; lembrando o significado da palavra crítica deriva de um termo grego que significa

critérios; É nesse sentido que o filósofo do Direito aprecia as questões e os fenômenos jurídicos.

Os critérios de análise podem ser vários, por exemplo, podemos citar os princípios gerais ou específicos do Direito, os costumes, a legislação comparada; a interpretação, os limites, as possibilidades, os fundamentos, os pressupôs e a finalidade das formulações jurídicas, dentre outros.

A Filosofia do Direito busca, a partir de uma abordagem crítica chegar a uma conclusão que resista o crivo da lógica, tenha pressupostos os valores éticos e que não ignore as diversas possibilidades de abordagens acerca das formulações jurídicas.

A Filosofia do Direito buscar os fundamentos do edifício jurídico: A Filosofia do Direito propõe o debate sobre quais os fundamentos de validade e de legitimação do Direito? Em que baseia a obrigatoriedade do Direito? O que é justo? A busca por respostas essas questões tem inúmeras resposta ao longo da história da Filosofia e ainda continua em aberto. Ela tem guiado o debate acerca dos fundamentos que constituem o edifício da ciência do Direito.

Inicialmente, o fundamento do Direito era baseado numa divindade. A teoria da justificação do poder divino dos reis é um exemplo clássico dessa tese; mas as maiorias das civilizações tiveram em algum momento da história uma divindade como fundamento do edifício do Direito.

Mais tarde, com o nascimento da Filosofia do direto na Grécia antiga, o Direito passa a ter um fundamento racional, surgindo à ideia de Direito natural (jusnaturalismo); Desde Tales de Mileto, passando por Sócrates, Platão e Aristóteles. A concepção jusnaturalista da ciência do Direito ganhou mais relevo em Roma, com a consolidação de um ordenamento jurídico edificado a partir de uma perspectiva científica.

Depois os filósofos adeptos do contratualismo em suas diversas concepções (Locke, Hobbes, Rousseau) defenderam a tese segundo o qual o contrato é o elemento fundante da sociedade civil, mas principalmente do sistema político e jurídico; essa concepção foi defendida pelos principais teóricos protagonistas das ideias iluministas que ventilaram a revolução francesa e a revolução americana.

A seguir, os juristas adeptos do Positivismo, Kelsen, por exemplo, afirma que o fundamento do Direito é a lei posta pelas autoridades legitimadas no poder.

Atualmente, Direito tem como fundamento a ideia de justiça. No Brasil, Miguel Reale é o principal expoente dessa concepção.

Para Miguel Reale, o fundamento do Direito é a Teoria da justiça. Essa deve ser abordada a partir de uma perspectiva da teoria tridimensional do Direito, cujos pressupostos antropológicos e lógicos se situam no âmbito da Axiologia. Segundo Reale, a axiologia se desenvolve em dois planos: plano filosófico, onde os valores são objetivos; e outro positivo, relacionado às experiências,, condicionamentos sociais e interelações.

Assim, o Direito tem por escopo concretizar e tutelar sempre um valor; o que faz se faz necessário reconhecer que as pluralidades e diversidades e de valores é algo essencial e necessário à experiência jurídica. Infinitos são os valores que fundam as normas jurídicas.

Mas as normas jurídicas, uma vez positivadas, pressupõem outros valores e princípios como o da liberdade, o da igualdade e o da fraternidade, o da ordem e da segurança. Para uma melhor compreensão dos fundamentos do Direito a partir do pensamento jus-filosófico de Miguel Reale, faz-se necessário uma rápida análise conceitual a cerca dos significados isolados destes elementos.

O valor, considerado não como um objeto ideal, mais como um dever ser, situado num plano prático e ligado a uma ação.

O fato, capaz de revelar as intencionalidades objetivas de um determinado lugar ou época, é compreendido não como um mero fato natural, mas sim sempre imantado por um valor.

A norma descreve os valores que vão se concretizando na condicionalidade dos fatos sociais e históricos.

Percebe-se, então, que a tridimensionalidade explica que os fatos geram juízos de valores que demandam normas para regulamentá-los. Sendo assim, para o eminente jurista Miguel Reale, o Direito não é abstrato, pois também está imerso na vida humana, que é um complexo de sentimentos e estimativas.

Por fim, Miguel Reale vem definir o Direito através de uma teoria tridimensional englobando três aspectos que ele afirma serem inseparáveis e distintos entre si. O axiológico (valor de justiça), o fático (afetividade social e histórica) e o normativo (o ordenamento, o dever-se).

Deve forma podemos afirmar que o Direito, na concepção realeana, é uma realidade, diga trivalente ou, se preferir, tridimensional. Isto é, ele possui três elementos constitutivos inseparáveis.

Miguel Reale, responder às questões: que é a Justiça? Como é possível conhecê-la? Quais são os seus fundamentos? Qual sua finalidade? Segundo Reale, a Justiça geral é a Justiça por excelência, uma vez que "o bem comum não se realiza sem o bem de cada homem e o bem de cada um não se realiza sem o bem comum" Mas a justiça também depende de uma hierarquia de valores como, por exemplo, os valores vida e liberdade. Qual seria o valor hierarquicamente maior? Uns diriam ser a vida? Liberdade? A propriedade?

Para Reale, o valor-fim próprio do Direito é a Justiça, o homem sempre esta a procura do seu bem e como o homem sempre se destina à vida em sociedade, esta em certo ponto é uma ordem incessante que procura seu bem, isto é a sua natureza. Dessa forma, o homem quanto mais político, mais realizado ele é, uma vez que ele esta realizando propósito pela qual foi criado.

Dessa forma, podemos afirma que em cada período da história tem sua ideia de justiça em consonância com os valores hegemônicos nas respectivas sociedades; assim, o conceito de justiça é relativo e fruto de um processo dialético valorativo, produzido ao longo da história da humanidade. A Filosofia do Direito busca articular Filosofia e Direito.

A Filosofia do Direito se constitui como área especifica na medida em que cria questionamentos que permite relacionar e articular áreas de deve ser conjugadas em conjunto com o Direito, são elas: a ética, a moral, os costumes e os princípios gerais. A ética é a parte da Filosofia cujo objetivo é estudar e refletir filosoficamente é refletir sobre a conduta humana a partir de valores historicamente aceitos. A moral é a vivência do ser humano a partir de sua realidade concreta. A diferença básica entre ética e mal, é que é ética é teórica, ao passo que a moral é prática. Toda análise ética ou moral, precisa levar em consideração os fatores antropológicos, sobretudo os fatores culturais, dando ênfase para os costumes, que é, na atualidade considerada, ao lado dos princípios gerais do Direito, fonte do Direito. Esses temas - ética, moral, costumes e princípios gerais do Direito - devem ser abordado de forma articulados entre si, evitando uma abordagem reducionista, que aborda os temas de maneira estanque e isoladas.

Filosofia do Direito busca evitar o reducionismo e o automatismo, que é uma tendência comum na atualidade, onde o Direito não pode ser limitado à aplicação automática da lei morta ao caso concreto.

A Filosofia do Direito é o instrumento que permite ampliar os horizontes de possibilidades para que o jurista evite os reducionismos e assuma atarefa analisa os fenômenos jurídicos a partir de uma apreciação valorativa e crítica; os princípios éticos, sobretudo os valores da justiça, deve ser o parâmetro de análise, legitimidade e validade dos fenômenos jurídicos.

A Filosofia do Direito fornece os recursos a partir necessários: a lógica, a antropologia, a epistemologia, para pensar as grandes questões do Direito e encarar a norma jurídica não como uma lei morta, mas visualizar o espírito da lei em sua dinamicidade, sem perder a preocupação com a realização da justiça e a construção de um mundo melhor. Portanto, a Filosofia do Direito é essencial na formação do Direito do operador do Direito na atualidade.

Neste compasso, Cretella destaca a relevância da Filosofia do Direito e a impossibilidade de tratar de grandes questões jurídicas sem consideraras questões de Filosofia do Direito. Nesse sentido, pode-se afirmar que não existiu na literatura do Direito um expoente, na arte de advogar, que não versou sobre questões de Direito com emprego somente e da técnica.

Além disso, a contribuição da Filosofia esta em proporcionar os requisitos e pressupostos para questionar os fundamentos de uma prática juridica, humana e social; fornece possibilidades de sentidos diversos e as vezes contraditórios; possibilidades de outras alternativas, propostas e entendimentos.

Questionar a partir de critérios filosóficos e de um suporte reflexivo, as práticas e o comportamento dos operadores do Direito e dos legisladores. Avaliar o papel desempenhado pelos juristas e pelas ciências do Direito. Pesquisar as causas de enfraquecimento, crise e ruína dos sistemas jurídicos. Investigar as causas da desestruturação, do enfraquecimento ou da ruína de um sistema jurídico. Zelar pela linguagem jurídica, delinear os conceitos filosóficos e científicos da ciência jurídica. Analisar permanentemente a validade e eficácia dos institutos jurídicos e suas relações com os fenômenos sociais, tanto em relação aos indivíduos quanto em relação aos grupos e a coletividade. Valorizar os institutos e processos jurídicos fundamentar e resgatar seu valor histórico, epistemológico e filosófico. Auxiliar os juízes e tribunais, através da critica conceitual, procedimental e institucional nos processos decisórios. Esses são alguns dos desafios apresentados ao filósofo do Direito na atualidade. (BITTAR, 2001)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, acerca da reflexão sobre os limites e as possibilidades da filosofia na atualidade propõe-se uma reflexão epistemológica, podemos afirmar que:

Não há consenso acerca do conceito de Filosofia do Direito e que as questões propostas sempre estarão afetas a inúmeras respostas e que cada resposta esta de certa forma condicionada pelas circunstâncias históricas, ideológicas, geográficas, culturais e ideológicas, por exemplo.

Necessidade de evitar qualquer tentativa de redutivismo e a necessidade de buscar uma visão interdisciplinar do fenômeno jurídico exige a cooperação de todas as áreas do direito,assim a filosofia do direito deve, em primeiro lugar, buscar articular e dialogar com as demais áreas do Direito, principalmente a teoria do direito, a sociologia jurídica e a história do direito;

A Filosofia deve buscar fazer uma análise rigorosa, sistemática e de conjunto sobre os principais institutos fundamentais da ciência jurídica, seus fundamentos, princípios norteadores e conceitos;

A filosofia de Direito ganha importância em períodos históricos marcados por crises e mudanças e não inclusão; A necessidade de novas respostas aos antigos questionamentos e os desafios da atualidade exige dos juristas contemporâneos, instrumentos metodológicos para refletir sobre os fenômenos do mundo jurídico e respectivos problemas, a exemplo da crise de legitimidade de poder, crise ético-moral, fatores de bioética, emancipação dentre outros, em busca da consciência e reflexão para uma concepção social de Justiça.

A Filosofia do Direito cria condições e possibilidades para uma reflexão crítica, analítica e axiológica sobre os fenômenos jurídicos na atualidade, impulsionando o legislador e os operadores do direito a contrastarem a realidade social e o sistema posto, como forma de produção de inclusão social e, por conseguinte, de Justiça Social.

REFERÊNCIA BIBLIOGRAFICAS

ALVES, Fernando de Brito. **Constituição e Participação Popular. A Construção Histórico-Discursiva do Conteúdo Jurídico-Político da Democracia como Direito Fundamental**. Curitiba: Juruá, 2013.

ARANHA, M. (2013.). **Filosofando: introdução à Filosofia.** São Paulo: Moderna.

ARANHA, M. L., & PIRES, M. H. (2009). **Filosofando: introdução à Filosofia**. São Paulo: Moderna.

ARISTÓTELES. (1998). **A Política.**(T. d. Ferreira, Trad.) São Paulo: Martins Fontes.
BITTAR, E. C. (2001). **Curso de Filosofia do Direito**. São Paulo: Atlas.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. Direitos Fundamentais, políticas públicas e Protagonismo**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

CHAUÍ, M. (2000). **Convite à Filosofia**. São Paulo: Ática.

CHAUÍ, M. (2010). **Iniciação à Filosofia: ensino médio**. São Paulo, SP: Ática.

CONTELLI, Everson A. ; COSTA, Ilton Garcia . Teoria da Ação de Direito Material no Processo Penal e a Proteção Eficiente da Vítima. In: Ilton Garcia da Costa. (Org.). **Direito e Justiça: Aspectos Atuais e Problemáticos**. 1ed. Curitiba: Jurua, 2015, v. 1, p. 301-320.

CORDI, C. (2007**). Para filosofar.** São Paulo: Scipione.

CRETELLA JUNIOR, J. (1999). **Curso de Direito Romano**. Rio de Janeiro: Forense.

DESCARTES, R. (2000). **Discurso do Método**. (M. E. Galvão, Trad.) São Paulo: Martins Fontes.

EPICURO. (2009). **Máximas principais (Clássicos de Filosofia***).* (d. M. João Carlos K. Quarti, Trad.) São Paulo: Loyola.

FUHRER, M., & AMÉRICO, C. (2003). **Manual de Direito público e Privado.** São Paulo: Revista dos Tribunais.

HABERMAS, J. (2003). **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. . Rio de Janeiro: Tempo brasileiro.

LIMA, H. (1958). **Introdução à Ciencia do Direito.** (9ª edição ed.). São Paulo: Livraria Freitas.

MATOS, O. (1997). **Filosofia - A Polifonia da Razão**. São Paulo : Scipione.

MONTORO, A. F. (1987). **Introdução à Ciencia do direito**. São Paulo: Revistas dos Tribunais.

PLATÃO. (2011). ***Eutidemo***. (M. Iglésias, Trad.) Rio de Janeiro: Loyol.

REALE, M. (1998). **Fundamentos do Direito**. São paulo: Revista dos Tribunais
.
REALE, M. (2001). **Lições Preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva.

SAVIANI, D. (2007). **Educação:do senso comum à consciência filosófica**. Campinas: Autores associados.

CAPÍTULO II

POLÍTICA, LIBERDADE E PLURALIDADE
POLITICS, FREEDOM AND PLURALITY

Luiz Henrique Néia Giavina BIANCHI[3]
Rogério Cangussu Dantas CACHICHI [4]
Valter Foleto SANTIN[5]

RESUMO: A partir a filosofia antiga, objetiva expressar a noção de pluralidade humana, a estabelecer o sentido da política na liberdade. O estudo apresenta uma abordagem pelo método interpretativo, com análise e exegese de textos em revisão bibliográfica de livros, artigos e julgados disponíveis em meio físico e digital. Nesta metodologia, aborda ainda o contexto decadente da sociedade grega quando do surgimento do pensamento de tais filósofos, contribuindo para o distanciamento entre o pensamento e a ação. Traça ainda um paralelo na busca da verdade entre o pensamento de Sócrates e Platão, aquele buscando a verdade através da *doxa* se utilizando da maiêutica enquanto este buscava a verdade eterna por meio da dialética. Destaca a importância de se pôr a questão hoje em dia, impondo-se a necessidade de se abrir um diálogo para se discutir e tentar algo inédito no sentido de se promover o bem-estar.

PALAVRAS-CHAVE: Arendt. Liberdade. Pluralidade. Política.

ABSTRACT: From philosophy old, aims to express the notion of human plurality, to establish the meaning of political freedom. The study presents an approach by the interpretative method, with analysis and exegesis of texts on literature review of books, articles and judged available in physical and digital. That methodology also addresses the decadent context of Greek society when

CPCERTOS - Grupo de Pesquisa em Constituição, Educação, Relações de Trabalho e Organizações Sociais (UENP). Advogado, possui graduação em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (2007), pós-graduação em Direito Civil Contemporâneo e Direito Processual Civil pela Faculdade Estácio de Sá de Ourinhos. Além disso, concluiu curso de pós-graduação em Gestão Pública pela UEPG. Desde fevereiro de 2010 é Servidor Público Municipal ocupante do cargo de Gestor Jurídico da Câmara Municipal de Jacarezinho.

[4] Membro do Grupo de Pesquisas (GT) Políticas públicas e efetivação dos direitos sociais (UENP); CPCERTOS - Grupo de Pesquisa em Constituição, Educação, Relações de Trabalho e Organizações Sociais (UENP); Direitos Fundamentais e a sistematização precedentalista vinculante no Brasil (UENP); e Lógica, tempo e linguagem natural (UEL); Especialista em Direito pela PUC/SP e licenciado em Filosofia pela UEL; Juiz Federal da Subseção Judiciária de Jacarezinho/PR

[5] Professor dos programas de Mestrado e Doutorado da Universidade Estadual do Norte do Paraná (Campus Jacarezinho). Doutor em Direito (USP - Universidade de São Paulo, B[5] Membro do Grupo de Pesquisas (GP) Políticas públicas e efetivação dos direitos sociais (UENP); rasil) e pós-doutor pelo programa de Pós-doutoramento em Democracia e Direitos Humanos, no *Ius Gentium Conimbrigae*, Centro de Direitos Humanos, sediado na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Líder do Grupo de pesquisa Políticas públicas e efetivação dos direitos sociais (UENP). Promotor de Justiça em São Paulo. E-mail: santin@uenp.edu.br.

the emergence of the thought of such philosophers, contributing to the gap between thought and action. Moth also a parallel in the search for truth between the thought of Socrates and Plato, that seeking the truth through *doxa* using the maiêutica while it sought eternal truth through dialectics. It highlights the importance of putting the question today, imposing the need to open a dialogue to discuss and try something new in order to promote well -being.
KEYWORDS : Arendt . Freedom. Plurality. Policy

INTRODUÇÃO

A título de introdução, frise-se desde logo o texto, como o próprio título anuncia, trata dos conceitos fundamentais de política, liberdade e pluralidade humana, visando descortinar a intrínseca relação entre eles a partir das reflexões sobretudo da filósofa Hannah Arendt no contexto antigo para entendimento da sociedade do século XX.
Valendo-se do método interpretativo, com análise e exegese de textos em revisão bibliográfica de livros, artigos e julgados disponíveis em meio físico e digital, num primeiro movimento o artigo resgata a base da política na pluralidade humana. Nesse contexto, o pensamento antigo é trazido à baila para a exata compreensão dos primórdios da filosofia política em Sócrates e Platão sob a ótima de Arendt. Num segundo movimento, o texto dedica-se à questão da liberdade como condição de possibilidade da política, traçando alguns consectários desse pensar, especialmente na compreensão do totalitarismo. Ao final, seguem proposições conclusivas sem pretensão de esgotamento do tema.

POLÍTICA E PLURALIDADE

A base da política situa-se em um fato: na *pluralidade humana*, que "deriva do fato de que o ser humano não está só, de que existem homens e mulheres aos quais a ação e o discurso singular de cada um se dirige" (MÜLLER, 2010, p. 71). Trata-se, por assim dizer, de condição básica da participação política (ação e discurso humanos). Filosofia, antropologia, teologia, sociologia e psicologia estudam *o homem*, daí o fracasso dessas áreas do conhecimento em dizer o que é política porque elas tomam o homem não como uma pluralidade, mas como uma massa idêntica, não *os homens* em sua pluralidade.

Tanto é verdade que autores e grandes filósofos como Platão não lograram escrever obras sobre política da mesma forma e com o mesmo peso com o qual escreveram sobre outras áreas do conhecimento. Segundo Arendt, isto pode ser atribuído a uma incapacidade de tais autores em perceber as profundezas onde a política se ancora (ARENDT, 2009, p. 144).

Para Hannah Arendt a política trata-se da

> [...] convivência entre diferentes. Os homens se organizam politicamente para certas coisas em comum, essenciais num caos absoluto, ou a partir do caos absoluto das diferenças. Enquanto os homens organizam corpos políticos sobre a família, em cujo quadro familiar se entende, o parentesco significa, em diversos graus, por um lado aquilo que pode ligar os mais diferentes e por outro

> aquilo pelo qual formas individuais semelhantes podem separar-se de novo umas das outras e umas contra as outras (ARENDT, 2002, p. 7)

Na visão de Arendt, houve como que uma desconfiança em relação à política. De fato, como bem anotado por Arendt, essa desconfiança remonta à antiguidade, desde Platão. Nesse sentido Arent afirma:

> A desconfiança com relação à política e a questão do significado da política são ambas muito antigas, tão antigas quanto à tradição da filosofia política. Elas remontam a Platão e talvez até o Parmênides, e nasceram com as experiências bastante reais desses filósofos com a polis. (ARENDT, 2009, p. 168)

Arendt principia o capítulo I de *A promessa da Política* asseverando que o pensamento de Platão e de Aristóteles não foi, na verdade, o exórdio do pensamento filosófico grego, mas o ponto culminante. Vejamos os ensinamentos de Arendt:

> Hoje sabemos que Platão e Aristóteles foram a culminação, não o início, o pensamento filosófico grego, cujo voo se iniciou quando a Grécia atingiu ou esteve prestes a atingir o seu clímax. O que permanece verdadeiro, porém, é que Platão e Aristóteles vieram a ser o início do pensamento filosófico grego, [...] (ARENDT, 2009, p. 46)

O pensamento de tais filósofos adveio de uma sociedade politicamente decadente. Isso fez com que se pusesse o problema de como o homem, vivendo na *polis,* poderia não se envolver politicamente, manter-se em condição de apolitismo. Abriu-se um abismo que cada vez mais aumentou desde o pensamento grego entre pensamento e ação (ARENDT, 2009, p. 45).

O elemento deflagrador do distanciamento entre filosofia e política deu-se com o julgamento e condenação de Sócrates. Platão a partir de então passou a duvidar da validade da persuasão condenando ou criticando a *doxa* (opinião). Platão, em vista disso, teria passado a desdenhar das opiniões e desejar padrões absolutos (ARENDT, 2009, p. 48). A propósito:

> Nossa tradição de pensamento político teve início quando a morte de Sócrates fez Platão desencartar-se com a vida na *polis* e, ao mesmo tempo, duvidar de certos princípios fundamentais dos ensinamentos socráticos. O fato de que Sócrates não tivesse sido capaz de persuadir os juízes de sua inocência e de seu valor, tão óbvios para os melhores e mais jovens cidadãos de Atenas, fez com o que Platão duvidasse da validade da *persuasão*. (ARENDT, 1993a, p. 91)

A oposição entre verdade e opinião (tida como o pensamento mais antessocrático de Platão) foi uma das conclusões que Platão tirou do julgamento de Sócrates. Na Grécia da época existia um preconceito contra os filósofos. Diferentemente dos artistas e dos poetas, os filósofos eram considerado inúteis a *polis*, eram considerados prejudiciais. Pior, a filosofia era considerada prejudicial ao cidadão por retirar-lhe o vigor pessoal.

Arent ainda lembra que após a condenação de Sócrates trouxe insegurança aos filósofos. Nesse sentido:

> Ao não conseguir convencer a cidade, Sócrates havia mostrado que ela não era um lugar seguro para o filósofo, não apenas no sentido de que sua vida não está segura por causa da verdade que ele possui, mas também, e muito mais importante, no sentido de que não se pode confiar na cidade para se preservar a memória do filósofo. Se os cidadãos foram capazes de condenar Sócrates à morte, era muito provável que o esquecessem depois de morto. (ARENDT, 2009, p. 49).

A partir daí, Platão se afasta da polis, passando a ensinar na Academia. Eduardo C. D Bittar e Guilherme Assis de Almeida sobre o tema afirmam:

> O que há é que Platão, diferentemente da proposta de Sócrates, distancia-se da política e do seio das atividades prático-políticas. Se Sócrates ensinava nas ruas da cidade, Platão, decepcionado com o golpe que a cidade desferiu contra a filosofia, ensinava num lugar apartado, no recôndido onde o pensamento pode vagar com tranquilidade, e onde se pode desenvolver um modo de vida ao mesmo tempo que preocupado com a cidade, dela, de suas corrupções, torpezas e problemas, distantes: a Academia (BITTAR, 2002, p. 78)

Platão opunha-se por dois motivos, primeiro afirmando que a preocupação dos filósofos pelas coisas eternas, pelas coisas fora da *pólis*, aquelas coisas eternas e imutáveis não humanas não lhe retirava a utilidade muito menos o vigor. Em segundo lugar, para Platão, as coisas eternas eram mais valiosas do que aquelas belas.

Note que o filósofo na época direcionou seu pensamento para fora da *pólis*. Pensava no eterno, no imutável e não nas questões humanas. A diferença entre o belo e o bom consiste na utilidade: segundo Platão, o bom pode ter alguma utilidade prática, o belo não pode ser utilizado (ARENDT, 2009, p. 52).

A condenação de Sócrates deveu-se à incapacidade de ele convencer seus concidadãos de que era um sábio. Sucede que ele mesmo não se julgava um sábio, ao contrário ele destacava a ironia do oráculo de Delphos para quem nenhum homem era sábio, mas aquele que sabia não ser sábio (Sócrates) era o mais sábio dentre os homens (ARENDT, 2009, p. 52).

Sócrates, por intermédio da maiêutica, visava a que seus opositores chegassem à *doxa* do cidadão; diferentemente, Platão buscava 'a verdade' por intermédio da dialética. Para este último a verdade é algo eterno, não se confundindo com o produto da persuasão. A *doxa* é a mera opinião dele, isto é, a verdade deste cidadão, e não a verdade eterna. Arendt destaca a diferença entre persuasão e dialética, a diferença é que a persuasão é destinada às massas e, portanto, utilizada pelos governantes; a dialética é utilizada no diálogo entre duas pessoas e, portanto, utilizada entre os filósofos: "A principal distinção entre persuasão e dialética é que a primeira é sempre dirigida à multidão (*peithein ta plethe*), ao passo que a dialética só é possível como diálogo entre duas pessoas" (ARENDT, 2009, p. 54).

Para Sócrates o filósofo não era aquele que deveria governar a cidade, mas apenas ser o "moscardo"; tinha o intuito de incomodar os cidadãos e fazer com eles se tornem

mais autênticos. Já para Platão, o governo cabe ao filósofo-rei, cujas virtudes estão de acordo com a parte mais racional da alma e da cidade.

Considerando que Sócrates não buscava uma verdade eterna, os diálogos entre ele e uma outra pessoa não necessariamente eram importantes pelo resultado a que ele chegava, mas pela atividade de buscar a opinião do outro, a verdade do outro. A política, de acordo com Arendt, não conseguiu se concretizar na filosofia pela concepção de que o homem é político por natureza. O que Aristóteles quis dizer quando afirmou ser o homem um animal político "foi simplesmente que é exclusividade do homem poder viver numa pólis e que a pólis organizada é a forma mais elevada de vida em comum humana, algo especificamente humano [...]" (ARENDT, 2009, p. 170). A política está fora do homem justamente porque ela se realiza entre os homens.

POLÍTICA E LIBERDADE

O que distingue a vida humana na pólis de todas as outras formas de vida humana em comum é exatamente a *liberdade* existente na primeira e ausente nas segundas (ARENDT, 2009, p. 171). Para os gregos, conviver (viver junto) na pólis já significava ser livre: "Ser livre e viver na pólis eram, em certo sentido, a mesma coisa" (ARENDT, 2009, p. 171). Mesmo assim, a liberdade não dizia respeito a todos, mas apenas ao homem, adulto, livre, o que excluía então as mulheres, as crianças e os escravos. Escreve Arendt:

> Ao contrário de todas as formas de exploração capitalista, que buscam primordialmente fins econômicos voltados ao aumento da riqueza, a exploração dos escravos na Grécia clássica visava a libertar completamente seus senhores do trabalho para que pudessem desfrutar a liberdade da arena política. (ARENDT, 2009, p. 171)

Normalmente a política é considerada um meio para se atingir a um fim, porém na Grécia antiga a política era um fim em si mesmo. De molde: "A política se se quer entendê-la no contexto das categorias meios e fins, era para os gregos, como para Aristóteles, primordialmente um fim, e não um meio" (ARENDT, 2009, p. 172).

Deve ser dito que a liberdade decorre da igualdade política entre os pares, que significa "que todos têm o mesmo direito à atividade política" (ARENDT, 2009, p. 173), motivo pelo qual "*Isonomia* é, por conseguinte, essencialmente o direito igual de falar e, como tal, o mesmo que *isēgoria*; mais tarde, em Políbio, ambos são simplesmente *isologia*" (ARENDT, 2009, p. 173).

Nesse sentido, o homem livre grego deveria ser capaz de arriscar sua própria vida para preservar tal liberdade. "Só era, portanto, livre o homem disposto a arriscar a própria vida, e de alma escrava e servil aquele que professava um apego excessivo à vida – vício para o qual a língua grega tem uma palavra especial: *philopsychia*" (ARENDT, 2009, p. 177).

É, pois, uma igualdade que não tem qualquer relação direta com a *justiça*, senão com a *política*. Nesse sentido não podemos unir completamente a noção de igualdade à justiça, mas à política.

Com efeito, a partir de tudo o que ficou consignado, aquele que deixa a pólis perde a possibilidade de ser livre, uma vez que tal liberdade constitui estar entre seus pares e entre eles expressar-se livremente, isto é, ser titular e exercer participação política. Peça isolada do jogo é o homem fora da cidade, apartado de sua natureza:

> "Aquele que, por natureza e não por acaso, não tiver cidade, será um ser decaído ou sobre-humano, tal como o homem condenado por Homero como 'sem família, nem lei, nem lar'; porque aquele que é assim por natureza, está, além do mais, sedento de ir para a guerra, e é comparável à peça isolada de um jogo" (Aristóteles, Pol., 1.253a, 5).

O mais perigoso animal: "*Tal como o homem é o melhor dos animais quando atinge o seu pleno desenvolvimento, do mesmo modo, quando afastado da lei e da justiça, será o pior"* (Aristóteles, Pol., 1.253a, 30). Inexiste *ética*, tampouco *agir virtuoso*, fora da *pólis*.

Arendt, à guisa de responder a pergunta "Que é liberdade?", advertia: "A liberdade, enquanto relacionada à política, não é um fenômeno da vontade" (ARENDT, 1992, p. 197). Já em *A promessa da política*, dilucida Arendt, retomando ao ponto nestes esclarecedores termos:

> Para o modo grego de pensar, a liberdade tinha, portanto, raízes num lugar, ao qual estava ligada e pelo qual era delimitada, um espaço de liberdade cujas fronteiras coincidiam com os muros da cidade, da pólis ou, mais exatamente, de sua agora. Fora desses limites estavam, primeiro, o território estrangeiro onde se podia não ser livre, porque já não se era cidadão, ou melhor, um homem político; e, segundo, a residência particular, onde se podia também não ser livre por lá não haver os iguais que constituíam. (ARENDT, 2009, p. 231)

Arendt traz a lume também a questão dos preconceitos contra política, por exemplo: a) relação entre dominador e dominados; b) teia de mentiras etc. Preconceitos, porém, são necessários ao homem até porque não haveria inteligência que pudesse formar todos os juízos originais e, além disso, se policiar para nunca assumir nenhum "pré-conceito" (ARENDT, 2009, p. 151).

Segundo Arendt: "não há, na verdade, estrutura social alguma que não seja mais ou menos baseada em preconceitos que incluem certas pessoas e excluem outras" (ARENDT, 2009, p. 153). Inclusive, "quanto mais livre o indivíduo de preconceitos de todo o tipo menos adequado ele é para a esfera puramente social" (ARENDT, 2009, p. 153).

Afirma ainda que os preconceitos tendem a misturar a política propriamente dita com a sua finalidade, para esclarecer tal assertiva, pedimos licença para transcrever suas palavras:

> No entanto, esses preconceitos não são juízos definitivos. Indicam que chegamos em uma situação na qual não sabemos — pelo menos ainda — nos mover politicamente. O perigo é a coisa política desaparecer do mundo. Mas os preconceitos se antecipam; 'jogam fora a criança junto com a água do

> banho', confundem aquilo que seria o fim da política com a política em si, e apresentam aquilo que seria uma catástrofe como inerente à própria natureza da política e sendo, por conseguinte, inevitável. (ARENDT, 2002, p. 8)

Um dos perigos do preconceito é o fato de ele estar sempre arraigado a algo do passado e, por isso, muitas vezes antecipa e bloqueia o juízo. Arendt entende que para dissipar preconceitos ruins é necessário voltarmos ao passado e analisarmos os juízos com base nos quais os preconceitos foram alimentados. Os juízos podem ser entendidos em duas acepções, a primeira com uma mera subsunção, subsunção do particular para o geral, a segunda acepção no sentido de julgar sem nenhum parâmetro para subsumir o caso concreto a uma norma geral, a um paradigma geral. Nesta última acepção, o único pré-requisito da formação do juízo é a faculdade de julgar (ARENDT, 2009, p. 154).

Arendt foi ao ponto, com rara felicidade, quando, ao principiar artigo escrito em alemão, cujo título foi traduzido por *Será que a política de algum modo tem um sentido?*[6], consignou com cirúrgica precisão:

> Para a questão sobre o sentido da política há uma resposta tão simples e conclusiva em si mesma que se poderia pensar que as outras respostas são totalmente desnecessárias. A resposta é a seguinte: o sentido da política é a liberdade. (ARENDT, 1993b, p. 117)[7]

A filósofa afirma ainda:

> A questão fundamental que envolve esse tipo de liberdade política é ser um contrato espacial. Aquele que deixa a sua pólis ou dela é banido perde não apenas sua terra natal ou pátria; perde também o único espaço onde pode ser livre – e a companhia dos seus iguais (ARENDT, 2009, p. 173)

Observe-se que, para Arendt, liberdade interna e externa não se confunde. A primeira diz respeito justamente à esfera individual, da moral, ligada à vontade; ao passo que à externa ao homem-político, à coletividade, ao outro. Nesse sentido, liberdade e política são conceitos muito próximos, a tal ponto de a liberdade constituir-se como condição de possibilidade da política.

Realmente, a noção de que "política e liberdade são inseparáveis" vingou até tempos recentes, quando surgiram o totalitarismo e as ideologias (ARENDT, 2009, p. 175):

> O que há de verdadeiramente novo e aterrorizante no totalitarismo não é a negação da liberdade ou a firmação de que ela não é boa nem necessária para a humanidade, mas a noção de que a liberdade humana deve ser sacrificada ao desenvolvimento histórico, processo que só pode ser obstacularizado quando os seres humanos agem e interagem em liberdade. (ARENDT, 2009, p. 175)

No mesmo sentido, Arendt afirma que "Talvez, desde a Antiguidade — para a qual política e liberdade eram idênticas — as coisas tenham mudado tanto que, nas condições modernas, precisam ser distinguidas por completo uma da outra" (ARENDT, 2002. p. 14).

[6] O livro *A promessa da política* (2009), organizado por Jerome Kohn, traz a íntegra do artigo inserido também na obra *A dignidade da política* (1993b). Cf. referências bibliográficas ao final deste texto.
[7] O mesmo trecho está contido em Arendt, 2009, p. 161.

Eis portanto a colocação da questão hoje em dia não prescinde da inevitável retomada (i) da experiência do governo totalitário no século XX e (ii) do potencial monstruoso de aniquilação dos Estados contemporâneos (poderio atômico); experiências essas (e ameaças também), na visão de Arendt, "fundamentais de nossa época" (1993b, p. 118).

Este potencial bélico dos Estados chega a fazer a filósofa refletir: "O que está em jogo aqui não é apenas a liberdade, mas sim a vida, a continuidade da existência da Humanidade e talvez de toda a vida orgânica da Terra" (ARENDT, 2002. p. 14).

Primo Levi, italiano judeu, nascido em 1919, narrou suas experiências em Auschwitz, onde permaneceu por quase um ano. Dois mandamentos eram aprendidos por todos os presos no campo de concentração: cabe ao homem perseguir seus intentos por meios idôneos (i); quem erra, paga (ii) (Levi, 1988, p. 11). O estado de aniquilação do ser humano era patente. A morte da personalidade antecedia à morte biológica:

> Nada mais é nosso: tiraram-nos as roupas, os sapatos, até os cabelos; se falarmos, não nos escutarão - e, se nos escutarem, não nos compreenderão. Roubarão também o nosso nome, e, se quisermos mantê-lo, deveremos encontrar dentro de nós a força para tanto, para que, além do nome, sobre alguma coisa de nós, do que éramos. (Levi, 1988, p. 25).

Outra sobrevivente ao holocausto, a vienense Eva Schloss, em sua biografia intitulada "Depois de Auschwitz – O emocionante relato da irmã de Anne Frank que sobreviveu ao Holocausto" relata situação parecida com essa "morte da personalidade" citada por Primo Levi:

> Nem todo mundo conseguia se adaptar. As pessoas que não se ajustavam no campo viviam com um olhar vago, perdiam as esperanças e morriam. Na língua do campo, essas pessoas eram chamadas muselmann, já que a maneira curvada e sem vida de andar os fazia parecer muçulmanos com o corpo inclinado para rezar. (SCHLOSS, 2013, p. 109).

Essa perda da identidade é abordada por Valter Santin, Ana Luiza Pulcinell e Rogério Cachichi:

> Como se denota, a perda da identidade, constatada claramente nos campos de concentração, não era restrita àqueles que lá estiveram. Essa ruptura radical e violenta é capaz de vulnerar a identidade da pessoa até os fundamentos. (SANTIN, PULCINELLI e CACHICHI, 2016, p.115)

Sem liberdade, até a linguagem foi extirpada dos judeus: "se falarmos, não nos escutarão - e, se nos escutarem, não nos compreenderão". Resta claro, pois, que a consciência das guerras e das revoluções que marcaram o séc. XX autoriza o reconhecimento da política como uso da força bruta, o que "nos induzem a equiparar a ação política com violência" (ARENDT, 2009, p. 256). Essa equiparação, para Arendt, extirpa o sentido da ação política. De fato, todas as vezes em que o totalitarismo e as ideologias foram os responsáveis por traçar o destino pessoal dos indivíduos sucedeu que "em todos os lugares onde tal destino se desdobrou com plena forma, onde os seres humanos foram arrastados pelo turbilhão dos acontecimentos, o resultado foi a calamidade" (ARENDT, 2009, p. 255).

Consenso parece ser que o princípio do governo limitado afigura-se indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Todavia, em nossa época, guerras e revoluções, cuja nota comum é o signo da força bruta, constituem nossas experiências políticas com base nas quais cremos que a ação política implica violência. O uso da força, como mecanismo de ação política, visa à defesa ou ao ataque. No primeiro caso, evitar a dominação; no segundo, dominar. Quanto ao significado de uma tal ação, revela Arendt:

> ...o único significado que uma ação baseada na força bruta pode revelar e tornar visível no mundo é o seu imenso poder de compulsão no intercurso humano, e isso de maneira totalmente independente dos fins que o emprego dessa força pretenda alcançar. (ARENDT, 2009, p. 263)

E arremata a autora: "Mesmo quando o fim de tal ação é a liberdade, o significado nela contido é a coação pela violência" (ARENDT, 2009, p. 263). Exemplo disso é a tirania da liberdade sugerida por Robespierre ao obrigar os homens a ser livres. As palavras de Arendt são mais esclarecedoras:

> Esse conflito bastante real [entre força bruta e liberdade] é a fonte das expressões paradoxais que conhecemos tão bem da história das revoluções, tais como obrigar os homens a serem livres ou, como sugeriu Robespierre, substituir o despotismo dos reis pela tirania da liberdade. (ARENDT, 2009, p. 263, esclareci entre colchetes).

Ocorre que a tradição não mais tomou o sentido da política como liberdade, sendo que na modernidade esta "foi considerada, tanto sob o aspecto teórico quanto sob o prático, como um meio de assegurar as provisões vitais da sociedade e da produtividade do livre desenvolvimento social" (ARENDT, 1993b, p. 118).

A partir do século XX, para Arendt, não há esperança no estabelecimento de uma forma de governo que assegure liberdade política aos cidadãos, mas tão somente liberdade individual ao indivíduo, com o perdão da necessária redundância. "A liberdade política somente se manifesta em comunidade, porque não é uma qualidade do indivíduo, mas do cidadão, ela somente é possível na esfera da pluralidade humana, na esfera do *nós* plural", assevera Müller (2010, p. 215).

LAFER, corroborando com esse entendimento, ao analisar o pensamento da Hannah Arendt revela:

> O "tudo é possível" da experiência totalitária mostrou como uma forma até então inédita de organização da sociedade assumiu, explicitamente, em contraposição aos valores consagrados da Justiça e do Direito e avocados pela modernidade — inauguradora, com o individualismo, da perspectiva ex parte populi — que os seres humanos são supérfluos e descartáveis. (LAFER, 1991, p. 15)

Porém, o considerar a política como algo responsável *exclusivamente* pela *preservação da humanidade* implica esvaziar o próprio sentido da política (ARENDT, 1993b, p. 119). E alerta Arendt: "Essa falta de sentido não é nenhuma aporia imaginada pelo pensamento; ela é um fato extremamente real..." (ARENDT, 1993b, p. 119). A aporia é real, porque se manifesta todas as vezes que não vislumbramos solução para importantes problemas políticos.

Só um milagre, na concepção de Arendt[8], nos livraria dessa aporia. No âmbito da política, esse milagre se manifesta no agir humano a inaugurar algo novo, daí a liberdade humana para fazê-lo. Arendt refere-se ao "dom de agir" (ARENDT, 1993b, p. 121). Note-se não se trata da liberdade de *optar* entre coisas existentes, mas de *criar* o novo, pois é peculiar ao agir "estabelecer um novo início, começar algo novo, tomar a iniciativa, ou falando como Kant, iniciar a partir de si mesmo uma cadeira" (ARENDT, 1993b, p. 121).

Por isso, podemos concluir com Müller, admitindo que "É possível reafirmar com isso a liberdade política de cada ser humano, isso é, cada um tem em si mesmo todas as possibilidades, pois, é capaz de estabelecer continuamente novos começos" (MÜLLER, 2010, p. 83).

Gilberto Giacoia tem entendimento semelhante ao esposado acima, no sentido de se haver a necessidade de reinventar um novo mundo:

> Hannah ARENDT, percebendo a ruptura provocada pela experiência totalitária, que extirpou da vivência ético-jurídica a idéia do humano como o valor primeiro, tornando as pessoas sem rostos e identidades, a desfilarem nos corredores da violência dos campos de concentração e dos cruéis holocaustos, sugere a reconstrução de um mundo novo, onde o suporte das condições jurídicas e políticas renovadas pela luz originada das trevas das atrocidades cometidas no passado, permita, pelo exercício pleno da liberdade, a pluralidade das diferenças e impeça de vez um retorno ao estado da natureza, vale dizer, ao enorme vazio ético em que hoje se encontra a humanidade. Sua fórmula mágica está no conceito e na extensão da expressão direitos humanos. (GIACÓIA, 2002. p. 23)

Enfim, na pluralidade humana, os seres humanos necessitam de espaço público no qual livremente possam, em relação a si (liberdade individual) e ao outro (liberdade política), iniciar algo inaudito pela ação ou exprimir não menos livremente sua *doxa* pelo diálogo, coisas que – vale lembrar - o totalitarismo e suas ideologias nunca permitiriam.

CONCLUSÕES

Na Grécia Antiga os filósofos eram desprestigiados e até mesmo ameaçados. Tal assertiva se consolidou com a condenação à morte de Sócrates. Este episódio rendeu a Platão, seu discípulo, certa descrença aos ensinamentos do Mestre, pois não era crível para Platão que Sócrates não foi capaz de persuadir aqueles que o julgavam, de forma e impedir sua condenação. Fez ainda com que Platão se abstivesse de ensinar nas *polis*, dando início à Academia, afastando-o ainda mais da política. Percebe-se também que Platão buscava a verdade eterna, ou seja, aquilo que fosse atemporal. Para tanto, diferentemente de Sócrates que buscava a verdade com a maiêutica, Platão lançava mão da dialética.

Para Hannah Arendt, a política não se concretizou na filosofia pelo fato de que o homem ser político por natureza. Para a filósofa, a política está fora do homem justamente por se

[8] E nessa concepção *milagre* é algo despido de valor religioso, mas detém o sentido de inaugurar – assim como veio a lume a existência da terra (*Existenz*) ou o próprio gênero humano (*Dasein*) - algo novo surgido inesperada, imprevisível e inexplicavelmente (ARENDT, 1993b, p.120).

realizar entre os homens. No que diz respeito à política relacionada a liberdade, é dever lembrar que na Grécia antiga, segundo Arendt, a escravidão se justificava para libertar seus senhores do trabalho, possibilitando que estes pudessem se dedicar à liberdade política. Para ela, usando os ensinamentos de Aristóteles, não há falar em vida, tampouco em liberdade, fora da *Polis*.

Sobre os preconceitos experimentados pela política, Arendt afirma ainda que para dissipá-los deve-se voltar ao passado e analisar os juízos com base nas quais os preconceitos foram alimentados. Vale dizer, há que se fazer um estudo sobre suas origens para poder extirpar o preconceito sobre a política.

Na antiguidade os conceitos de liberdade e política eram idênticos. Evidencia-se que os regimes totalitaristas e o potencial bélico mundial fez surgir a noção de que política e liberdade devem passar a possuir distinção uma da outra, sendo a liberdade uma condição de possibilidade da política. Arendt entende que hodiernamente a sociedade não possui um governo que possa assegurar a liberdade política dos cidadãos. Por liberdade política se entende aquela liberdade manifestada em comunidade e não individualmente. Por fim, verifica-se a necessidade de se abrir espaços para discussão de modo a fomentar algo inédito ou exprimir a *doxa* de cada um no sentido de se buscar algo novo para a sociedade.

REFERÊNCIAS

ARENDT, Hannah. **A promessa da política**. Organizador Jerome Kohn. Tradução Pedro Jorgensen Jr. 2ª ed. Rio de Janeiro: DIFEL, 2009.

____. **Entre o Passado e o Futuro**. Tradução de Mauro W. Barbosa de Almeida. 3. ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 1992.

____. **Filosofia e política**. *In:* A dignidade da política*:* ensaios e conferências. Organizador Antonio Abranches. Tradução de Helena Martins e outros. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1993a.

____. **O que é política?** Tradução Reinaldo Guarany. 3 ed. - Rio de Janeiro: Bertrand, 2002

____. **Será que a política ainda tem de algum modo um sentido?** *In*: A dignidade da política*:* ensaios e conferências. Organizador Antonio Abranches. Tradução de Helena Martins e outros. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1993b.

ARISTÓTELES. **Política**. trad. António Campelo Amaral e Carlos de Carvalho Gomes. edição bilíngüe. Lisboa: Vega, 1998.

BERTOLAZO, Ivana Nobre. "Direito e política em Hannah Arendt". **Argumenta Journal Law** (Revista do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica, da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP). n. 5 – 2005 – Jacarezinho – PR. Disponível em: http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/45/46. Data de acesso: 13 jun. 16.

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GIACOIA, Gilberto. Justiça e Dignidade. **Argumenta Journal Law** (Revista do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica, da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP). n. 2 – 2002 – Jacarezinho – PR. Disponível em: http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/issue/view/6. Data de acesso:12 de junho de 2016

MÜLLER, Maria Cristina. **A possibilidade de construção de uma moralidade política em Hannah Arendt**. 2010. 314p. Tese (Doutorado em Filosofia). Universidade Federal de São Carlos (UFSCar). São Carlos.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos.** São Paulo: Schwarcz, 1991.

LEVI, Primo. **É isto um homem?** trad. Luigi Del Re. Rio de Janeiro: Rocco, 1988.
KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1995.
SANTIN, Valter Foleto; PULCINELLI, Ana Luiza Godoy; CACHICHI, Rogério Cangussu Dantas. **Refugiados de ontem e de hoje: uma história de exclusão social**. In: VI Encontro de Egressos e Estudantes de Filosofia da UEL, VI Ciclo Hannah Arendt - Brasil/Venezuela e I Jornada sobre Ensino de Filosofia. 2016. Londrina/PR. Anais. Pp.109-121. Disponível em: http://www.uel.br/cch/filosofia/pages/eventos-na-uel/historico.php. Acesso em 15 jun. 16.

SCHLOSS, Eva. **Depois de Auschwitz. O emocionante relato da irmã de Anne Frank que sobreviveu ao Holocausto.** trad. Amanda Moura. São Paulo: Universo dos Livros, 2013.

CAPÍTULO III

A DEMAGOGIA COMO MANIPULAÇÃO DO *ETHOS* PELO *LOGOS*

Prof. Dr. Joaquim José de Moraes Neto[9]

No primeiro livro da Retórica, Aristóteles faz uma aproximação conceitual intrigante daquilo que é a retórica. Ele utiliza a expressão: "é preciso estar apto em *poder persuadir*" (*dinasthai peithein*).[10] Sua definição de retórica segundo 1355 b 25 ele diz que ela *é a faculdade de descobrir especulativamente aquilo que em cada caso pode ser próprio a persuadir*. No texto grego a expressão utilizada é *rehorique dynamis peri ekaston*. O que coloca em evidencia a retórica como um determinado poder. Em diversas passagens subsequentes ele empregará o adjetivo *dinasthai* para qualificar a retórica como potência (*dynamis)*[11], isto é, um bem (seria, por exemplo, vergonhoso para um homem não saber se defender pelo *logos*), mas o valor desse bem depende do uso que é feito dele. Utilizada por orador pouco escrupuloso, a retórica se torna instrumento de corrupção do julgamento.

Esta manipulação tem lugar essencialmente quando o orador busca suscitar paixões por procedimentos periféricos ao *logos*. Que quer dizer? "Os oradores incultos, sublinha Aristóteles, persuadem melhor a multidão que os oradores cultos, porque, como dizem os poetas, falam mais musicalmente"[12]. Os oradores incriminados são principalmente os tecnólogos. Dirigindo-se a "ouvintes de má qualidade, que só escutam o que está diretamente ligado ao assunto (*pragma*)" [13], buscam persuadir não pela argumentação teórica acessível à compreensão de todos, mas pelo prazer musical que se tem de ouvi-los falar. Os procedimentos dos tecnólogos são estudados em *Retórica III*: consistem em jogar com os dois aspectos materiais do *logos*, o estilo (*lecsis*) e a voz (*phone*).

[9] Possui graduação e maîtiser em filosofia (Sorbonne) revalidação Universidade de Passo Fundo (1979), graduação e maîtriser em Teologia - Université Catholique de Paris (1978), graduação e maîtriser em Etnologia - Sorbonne/Université Catholique de Paris (1978), mestrado em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (1981) e doutorado em Filosofia pela Universidade Estadual de Campinas (1996).
[10] Retórica I, 1. 1355a 29-30
[11] Retórica, I, 1, 1355*b* 3.
[12] Ibid., II, 22, 1395*b* 27-30.
[13] Ibid., III, 14, 1415*b* 5-6.

O estilo, como a música, imita as paixões e os caracteres. Quando definimos a excelência do estilo pela clareza e conveniência dos termos, o estilo não deixa de ser instrumento ambíguo de persuasão: a alma entrando em ressonância com o que ouve "paralogiza" (*paralogizetai*)[14], porque acredita que aquilo que é dito é verdade; do mesmo modo, "experimenta a simpatia por aquele que fala pateticamente, até quando ele não diz nada"[15]. O estilo tem um certo poder mágico na medida que pode, sem significar o que quer que seja, induzir uma paixão no ouvinte; assim, graças, unicamente, ao estilo dos panegíricos, Isócrates tem a faculdade de "possuir" seus ouvintes, de provocar seu "entusiasmo"[16], assim como o faz a música. De modo mais geral, a arte oratória é capaz de "ferir de estupor (ou ainda, tornar literalmente estúpidos) os ouvintes, pela confusão do discurso"[17].

O poder do estilo é amplificado pelo impacto quase físico da voz; esta detém poder "patético", porque "os sons emitidos pela voz são símbolos de estados de alma"[18], antes mesmo de significar alguma coisa enquanto nome, verbo, etc. O tecnólogo é aquele que possui, à maneira de ator (*hypocrites*), esta arte grosseira de jogar com "o volume, a entonação, o ritmo de sua voz"[19], para seduzir o ouvinte. Pode-se aliás notar que a degradação da retórica pelo uso abusivo dos efeitos de voz encontra seu semelhante na primazia que tende a valorizar mais o ator do que o poeta, nos concursos trágicos e poéticos[20]. A este respeito Aristóteles diz que assim como acontece nos concursos onde *os atores fazem mais sucesso que os poetas, também se sucede nos debates da cidade(kata tois politikois ágoras), na sequência da imperfeição das constituições*. A retórica permanece no interlúdio da aparência e da verdade, como se fosse um disfarce da realidade. Mas também pode ser a própria realidade servindo-se de uma camuflagem para não se expor . Ela pode, pois, ser instrumento de manipulação enquanto não relacionado à compreensão, mas também está fadada à sugestionalidade do auditório. Esse risco, como veremos, pode variar em função do gênero oratório considerado.

Comecemos por evocar o gênero menos político, o que Aristóteles chama de gênero epidítico: o discurso tem aí por objeto a virtude ou o vício, o belo ou o feio; seu fim é suscitar no ouvinte o elogio ou a censura; dito de outro modo, um juízo ético. Para tanto, o orador usa procedimentos como os da amplificação e da depreciação. O juízo ético aparece assim como a consequência de um juízo patético ou "estético", pelo qual o ouvinte julga o poder do orador. Pode-se ver aí evidentemente manipulação dos afetos.

[14] Ibid., 7, 1408*a* 20.
[15] Ibid., *a* 23-24.
[16] Ibid., *b* 14.
[17] Ibid., *a* 24-25.
[18] Da interpretação, 1, 16*a* 3-4.
[19] Retórica, III, 1,1403*b* 31.
[20] Ibid., 1, 1430*b* 33-34

Contudo, dado que o ouvinte é interpretado como "espectador"(*theoros*)[21] e não como o detentor de uma *arché*, esta manipulação não se presta à consequência. Pode-se mesmo pensar que o ouvinte é consciente do jogo que se joga diante dele, tanto mais, sublinha Aristóteles, que o panegírico é mais destinado à leitura[22] do que à audição. A alma tem, pois, certa distância em relação ao que ela lê e não está submetida à sedução instantânea da palavra concreta. Se há corrupção do juízo, não é, pois, no gênero epidítico que é preciso temê-la, mas, antes, lá onde a *arche* do cidadão está em questão.

Esse poder é primeiro, o do juiz popular (*dikastes*). A prova determinante no tribunal, observa Aristóteles, reside na disposição na qual se põe o auditório[23]. O orador terá, pois, que se preocupar mais com o juiz que com a coisa da qual fala. O membro do tribunal, com efeito, deve se pronunciar sobre assuntos sobre os quais não é usuário; esta distância, longe de ser uma condição de imparcialidade, é a fonte mesma da corrupção possível do juiz. Não tendo interesse próprio em jogo, o juiz está sempre em via de se entediar: portanto, é preciso que o orador "capte" seu interesse[24] oferecendo-lhe o prazer patético de sentir as paixões suscitadas e satisfeitas por palavras.

Assim, o juiz está no tribunal como estaria no teatro: assiste, como espectador, ao combate (*agon*) entre os defensores, como poderia fazê-lo em relação a duelo trágico. Mais precisamente, esta confusão, entretida pela teatralização da defesa, altera o julgamento do heliasta: ela o leva a tomar uma decisão sem prestar atenção à exposição dos fatos, em função apenas do prazer que terá tido, de escutar o orador. Seu juízo será "patético", "estético" e não judiciário: é como se julgasse Ésquilo, enquanto se pede a ele que julgue Agamenon. Esquece, assim, que seu juízo é ato que decide a vida do outro e que exprime sua *arche* e sua responsabilidade de cidadão. Pior, tendo que desatar ele próprio o *agon*, não tem sequer o distanciamento que poderia ter, seguindo um espetáculo trágico. A condição essencial da *katharsis* trágica (a purificação das paixões) reside na "imitação narrativa"[25] ser percebida como uma ficção, desenrolando-se no espaço sagrado do teatro, espaço que põe entre parênteses a vida e suspende o tempo quotidiano. O espetáculo permite a identificação com a personagem pelo temor e a piedade, porque não implica nenhuma intervenção do espectador: o desenlace apazigua, assim, as paixões[26]. No tribunal, o juiz é ao mesmo tempo "mau" espectador, posto que é igualmente o ator do desenlace, e mau "ator", porque se crê no espetáculo.

[21] Ibid., II, 18, 1391*b* 16.
[22] Ibid., III, 12, 1414*a 19.*
[23] Ibid., II, 1, 1377*b* 30-31. Notemos que Aristóteles não estabelece distinções entre o juiz que deve julgar uma *dike* (processo privado) e uma *graphe* (ação pública).
[24] Ibid., I, 1, 1345*b* 32.
[25] Poética, 23, 1459*a 17.*
[26] Cf. M. Deguy, La vie comme l'oevre (p. 321-333). Nos Grecs et leurs modernes, op. cit., p. 329.

Também seu julgamento é parcial e pessoal: "os juízes, deplora Aristóteles, se tornam parciais e não jogam absolutamente"[27] .

É, pois, possível à retórica manipular o *ethos* do ouvinte, de sorte a obscurecer seu julgamento pelo sentimento de prazer e de pena: basta, para tanto, fazer à margem do assunto, divertir o juiz sem buscar instruí-lo. Em vez de se considerar como instrumento da lei, o magistrado julga de maneira afetiva e arbitrária.

As razões que levam Aristóteles a exprimir sua desconfiança quanto ao certo uso da retórica nos tribunais parece pôr a *ecclesia* ao abrigo de tal perversão. O filósofo sublinha, com efeito, que fazer ao povo aquilo que ele chama de "arenga", é coisa mais difícil do que falar diante de um tribunal[28]. Ele justifica sua afirmação com dois argumentos. Primeiro (trata-se, de fato, do segundo argumento do texto), nota que o auditório da assembleia julga assuntos que lhe são familiares e que o interessam no mais alto grau: o ouvinte não deixa, portanto, o orador se perder fora do assunto, não espera dele discurso patético e sedutor, mas discurso útil e sério, que se dirige ao bom senso de cada um. Assim, o orador político parece quase obrigado a falar segundo a norma de discurso justo: "É justo não buscar nada à margem do *logos* e não despertar nem a pena nem o prazer; é justo debater a respeito das coisas mesmas, de sorte que tudo o que é exterior à demonstração é supérfluo"[29]. Em seguida, Aristóteles constata que o objeto visado pela arenga é objeto que será posto em deliberação, porque concerne ao futuro. O auditório não se contenta em pronunciar um veredicto (como em Rousseau) ou em emitir uma opinião, ele delibera [30] . A diferença é claramente estabelecida na *Ética a Nicômaco*: "A opinião não é busca, mas uma espécie de enunciação, enquanto que aquele que delibera, quer delibere bem, quer mal, busca alguma coisa e calcula" [31] . A arenga política se submete necessariamente ao exame, ao debate contraditório; propõe soluções para o futuro, sobre as quais cada um pode dar parte do seu sentimento, de suas duvidas, de sua experiência. Esta deliberação dá à decisão da assembleia peso, consistência que não tem, talvez, nas outras formas de julgamento. É por isso, aliás, que Aristóteles afirma que "só é juiz no sentido do termo aquele que julga nos debates políticos"[32].

A retidão das deliberações públicas pode, contudo, ser vivamente atacada em virtude do aparecimento de demagogos. De que se trata exatamente? O demagogo tem, segundo Aristóteles, traço de caráter dominante, o apetite do poder: é homem que sempre está à espreita do "bom

[27] Retórica, I, 1, 1354*b* 34-1355*a* 1.Esta tradução busca dar a idéia expressa, mais claramente que pode faze-lo a tradução literal "eles se entregam às partes", de M. Dufour (Les Belles Lettres).
[28] Ibid., III, 17, 1418*a* 21-22.
[29] Ibid., 1, 1404*a* 4-7.
[30] Ibid., II, 18, 1391*b* 18.
[31] Ética a Nicômaco, VI, 9, 1142*b* 13-15.
[32] Retórica, II, 18, 1391*b* 16-17.

lugar"(*spoudarchiontes*)[33]. O modo de ação do demagogo mudou no curso do tempo: outrora, tratava-se essencialmente de estrategista, que tomava o poder pela força armada e se tornava tirano; hoje, sua arma é a palavra. Por esse fato, não toma mais o poder diretamente, mas o exerce de maneira desviada, assegurando seu império sobre a opinião popular. Montesquieu se recordará desta observação: "O povo cai nessa infelicidade, quando aqueles a quem ele se confia, querendo esconder sua própria corrupção, tentam corrompê-lo"[34].

Este empreendimento dos demagogos se opera de diferentes maneiras.

a) A primeira reside nos métodos de persuasão. O conselheiro político, como o demagogo, busca produzir certas disposições no ouvinte em vista de persuadi-lo, mas seu objetivo respectivo é oposto: um visa ao bem comum, o outro à sua própria popularidade. O conselheiro se dirige pois à inteligência calculadora de cada um, à sua capacidade de antecipar o que é preferível para o futuro: o próprio fato que um homem possa ir contra sua natureza e seus hábitos[35] quando o *logos* o persuade testemunha uma capacidade humana de inovar, no sentido do que é melhor; a inteligência vê mais longe do que o hábito, mas só pode ver se o *ethos* preserva sua retidão. O demagogo procede de maneira inversa: longe de se opor à natureza ou ao hábito de cada um, o imita e o lisonjeia. Por exemplo, pronunciará máximas gerais que correspondem à experiência de cada um: as pessoas "têm prazer em ouvir generalizar sobre o que podem ter concebido antes no seu caso particular"[36]. Aqui, o orador dá literalmente inteligência ao ouvinte "grosseiro"[37]. Para ser bem sucedido nesta operação, o demagogo não tem o que fazer com a ética; ele se apoia na tipologia dos caracteres e no conhecimento das paixões humanas: deve saber a quem fala, não para aconselhar, e sim para se fazer aplaudir. É por isso que Aristóteles afirma que os demagogos "forçam" (*ischyoysin*)[38] a persuasão, mais do que persuadem. Com efeito, jogam com o povo manipulando sua opinião, mas só o manipulam fazendo-se aduladores, prontos para lhe dizer o que ele tem desejo de ouvir.

b) O demagogo, em seguida, assegura tanto melhor seu domínio sobre o povo quanto o leva a se tornar o "senhor" das leis, isto é, a governar por decretos[39], como um tirano governa por editais. A atitude de desprezo em relação às leis não se exprime pelo ataque frontal quanto a elas; é induzida

[33] Política, V, 5, 1305*a* 31.
[34] De l'Esprit des lois, I, 8, 2.
[35] Política, V, 5, 1305*a 31*.
[36] Retórica, II, 21, 1395*b* 6-7 (trad. M. Dufour, Les Belles Lettres).
[37] Ibid., *b* 2.
[38] Política, IV, 4, 1292*a* 22.
[39] Ibid., *a* 19-20.

pela exploração perversa "dos axiomas e dos costumes" da constituição democrática[40]. A demagogia, com efeito, sabe explorar a ambiguidade dos valores que servem de princípios (*ypotheseis*) à democracia, a liberdade e a igualdade. Esses dois termos recebem o significado político correto quando exprimem o fato de que todos os cidadãos podem ser alternativamente governantes e governados; mas á possível dar-lhes significado mais amplo e assim abrir o campo à tirania popular.

A liberdade como privilégio do qual é privado o escravo é entendida espontaneamente pela massa como licença "de viver sem regras"[41], na intemperança. Assiste-se assim à inversão dos valores que são os de Aristóteles: "Não é escravidão, sublinha ele, viver conforme à constituição"[42]. O desregramento não é sinal de mérito, mas de servilismo: fazendo do prazer soberano bom, a massa dos homens se parece com verdadeiros escravos (*andrapododeis*)[43].

O demagogo, quanto a ele, aferra-se ao popular: em nome mesmo dos princípios de democracia, não tem dificuldade de persuadir o povo de que ele é "livre" em relação às leis e que ele é seu senhor. Do mesmo modo, a igualdade democrática pode ser invocada para solapar a autoridade dos magistrados e para denegrir toda forma de excelência. Logo, sob a cobertura da liberdade, a democracia se torna despotismo da massa. Vimos, a propósito da policia que Aristóteles afirma a necessidade, para os dirigentes, de serem controlados pelo povo, a fim de serem preservados da vilania que está em todo homem[44]. Se a prudência política reclama esta vigilância quanto aos melhores, podemos pensar que o poder sem controle daqueles que são medíocres tem todas as possibilidades de se revelar pernicioso.

c) A multiplicidade dos interesses antagônicos cria um coletivo dificilmente corruptível, capaz de elaborar decisão sensata: o demagogo arrumará esta "física", unindo o povo numa paixão comum contra os ricos e (ou) os melhores. Contra o bom nomoteta que busca criar um misto social entre a multidão e os notáveis, o demagogo desintegra o tecido social, avivando o conflito das classes: os ricos são, quer individual, quer coletivamente, tomados como o alvo da vingança popular[45]. O demagogo substitui o "ódio" de todos contra todos, produtor de interesse comum, pelo ódio da multidão contra os ricos: movida por uma paixão comum, a multidão se torna uma facção que suscita, por sua vez, a união e a revolta dos oligarcas. O debate político não é mais o confronto da multiplicidade de pontos de vista, parciais, mas complementares; é duelo, luta partidária, como é o caso dos

[40] Ibid., VI, 1, 1317*a* 39.
[41] Ibid., 4, 1319*b* 32.
[42] Ibid., V, 9, 1310*a* 35.
[43] Ética a Nicômaco, I, 5, 1095*b* 19-20.
[44] Política, VI, 4, 1318*b* 40 – 1319*a* 1.
[45] Ibid., V, 5, 1304*b* 22-24.

debates judiciários[46]. Aliás, no século IV, pode-se constatar o uso acentuado dos tribunais com fins políticos[47], quer se trate das acusações caluniosas dos sicofantas quanto aos ricos proprietários, ou daquelas que concernem aos magistrados.

Esta perversão do debate público é acentuada por certas transformações da assembleia popular. Vimos que a seriedade das deliberações, na falta de terem sua fonte na virtude dos cidadãos, é alimentada pelo cálculo de seu interesse que cada homem que trabalha pode fazer. Ora, precisamente, longe de dar lugar ao desenvolvimento de grande classe média "séria", o século IV é marcado pela extensão de uma massa de cidadãos ociosos, que vive literalmente das compensações que recebe, para participar da assembleia ou do tribunal popular. Assim, Aristóteles nota que os ricos se desviam da vida pública para ocupar-se de seus assuntos enquanto os pobres têm todo o lazer para participar dela[48]. Mas esse lazer do homem inculto, ou antes essa ociosidade, revela sua nocividade quando a assembleia parece mais um teatro de espectadores do que com um lugar onde se debatem assuntos importantes. Essa constatação fora levantada por Tucidides, antes de Aristóteles, quando ele faz Cléon dizer: "Vós sois dominados pelo prazer de escutar, vós vos assemelhais mais a espectadores sentados diante dos sofistas do que cidadãos deliberando sobre a cidade"[49]. A degradação do auditório se propaga, portanto, dos tribunais à assembleia. Aristóteles dá muitos sinais: o mais geral é o da perda da autoridade da *boule*[50] ; pode-se acrescentar outros, como a parte crescente da assembleia capturada pela voz "nos debates políticos, em virtude do defeito das constituições"[51] ou ainda a imprecisão crescente do discurso com o talhe da multidão, à maneira dos desenhos em perspectiva[52]. Assim, como no tribunal, o auditório não busca mais o útil, mas o agradável, desinteressando-se do futuro (objeto da deliberação) em proveito de uma satisfação imediata.

Definitivamente, a vida política perde seu caráter de ação coletiva para regressar como espetáculo. Do mesmo modo que o juiz esquece que decide a vida do homem, julgando segundo uma regra (um *canon*) [53] que foi previamente pervertido, o cidadão se torna espectador passivo de justas oratórias das quais ele nem sempre apreende o desafio político. Esta irresponsabilidade foi aumentada pelo surgimento dos mercenários: o cidadão pode decidir a guerra e a paz sem ser diretamente concernido enquanto soldado; por isso mesmo, pode-se duvidar da sabedoria de certas decisões.

[46] Retórica, I, 1, 1354*b* 34.
[47] Política, IV, 5, 1320*a* 6-9.
[48] Ibid., IV, 6, 1293*a* 6-9.
[49] Tucidides, III, 38, 7.
[50] Política, IV, 15, 1299*b* 39.
[51] Retórica, III, 1, 1403*b* 34-35.
[52] Ibid., 12, 1414*a* 9-10.
[53] Ibid., I, 1, 1354*a* 26.

Assim, o povo aparece ao mesmo tempo como um monarca todo-poderoso que multiplica os decretos a seu bel-prazer e como um monarca cada vez mais passivo e submetido à pressão dos oradores profissionais.

Voltemos a nosso argumento inicial. Dizíamos no início do texto que: "A retórica é em si mesma uma potência (*dynamis)* , isto é, um bem (seria, por exemplo, vergonhoso para um homem não saber se defender pelo *logos*), mas o valor desse bem depende do uso que é feito dele". Na verdade esta frase enunciaria a importância do *Logos* na constituição política da cidade grega. Quando nos referimos a isto estamos dizendo que a lei pode, por uma interjeição, tornar-se fruto da retórica. Neste sentido, ao considerarmos a retórica como um elemento da política poderemos também considerar a lei uma composição da política. O que está em jogo é o sentido do *logos*. Barbara Cassin nos propõe de bom grado três teses sobre o sentido político do *logos* em Aristóteles:

- a política de Aristóteles é sofistica (Arendt diria grega), na escolha do *logos* como traço dominante da condição política do homem;

- ela é sofistica ainda (e desta vez deliberadamente antiplatônica) em sua maneira de articular a pluralidade das diferenças, e portanto também dos pontos de vista e de fala, na unidade plural da cidade;

- mas ela é anti-sofistica (e sem dúvida precisamente nesta tensão, aristotélica) na interpretação que dá do *logos*, e no que se pode chamar de auto-subordinação do retórico ao político, do linguajar e do discursivo ao lógico e ao racional. Na verdade Aristóteles subordina à lógica os efeitos discursivos da retórica.

Em Aristóteles tudo se passa "naturalmente", *physei*, em uma "democracia sem mito", unicamente em virtude do *logos* humano que, "percepção do justo e do injusto", se desenvolve como estruturalmente político. 0 *logos* não é em momento algum apenas um meio de comunicação, nem apenas uma técnica retórica: ele envolve num movimento teleológico toda a racionalidade. Esta continuidade entre o discursivo e o racional, que provoca, contudo, uma mudança de nível, é análoga à que faz passar do "viver" ao "viver junto", e depois ao "viver bem": trata-se, cada vez, de deixar-se arrastar pelo *télos.* O *logos* é ético. A retórica, por sua vez, é lógica e ética. A vida política está totalmente dominada pelo *telos* do *logos*. Trata-se da finalidade da razão. No final do capítulo 9 da Política presenciamos esta relação entre *logos* e *telos* enquanto "transposição"que exorta e ensina a passar do econômico-judiciário ao ético-político pelo cuidado com a eunomia e a escolha deliberada da *philia*.É novamente uma apologia do *télos* para todos e em cada um *(zôês teleias, 1280 b 34* e *81 a 1; télos poleôs... tou telous khain, 1280 b 39 ss.).*

Nosso esforço deve ser aqui determinar que o logos aristotélico não é sofista. Sua finalidade especifica tanto sua lógica quanto sua cientificidade. Um texto, extraído mais do livro I da *Retórica,* ajuda a compreender como a retórica deve ceder lugar à política. Trata-se, entre os três gêneros oratórios, daquele que a retórica de Aristóteles afirma ser o primeiro que não deve ser deixado de lado: o gênero deliberativo *(symbouleutikon),* que trata do útil e do prejudicial; que corresponde à prática do discurso *(ta dêmigorika),* da qual já sabemos que é "mais bela e mais política" do que as ações judiciais (1, 1, 1354 *b* 22-25). Na medida em que se trata do interesse comum, o ouvinte está diretamente implicado, de tal modo que o orador não necessita prender sua atenção, limitando-se a "provar que é tal como ele diz" (30 ss.). No capítulo 4, Aristóteles propõe-se recensear os possíveis objetos de deliberação. Diz ele:

> Enumerar com exatidão um por um e dividir por espécies os temas sobre os quais se tem o costume de deliberar, mas também defini-los na medida do possível segundo a verdade, não se deve procurar fazê-lo na circunstância presente; pois isso não pertence à arte retórica, mas sim a uma outra, que comporta mais prudência e veracidade, pois deu-se à retórica, precisamente em nossos dias, uma extensão que excede em muito as questões que são de sua competência. 0 que tivemos ocasião de dizer acima é verdadeiro: a retórica, por um lado, é um composto da ciência analítica e da política que trata dos caracteres, por outro, é semelhante ora à dialética, ora aos discursos sofísticos. Quanto mais nos esforçarmos em equipar a dialética e a retórica não como poderes mas como ciências, mais faremos desaparecer, sem percebermos, sua natureza própria, por meio de uma transformação que assegurará sua restauração sob forma de ciências concernentes a certos objetos bem reais, e não simplesmente a discursos. *Entretanto, exponhamos agora todas as distinções necessárias a nosso assunto, mas que deixam lugar também para o exame concernente à ciência política* 1,46 (grifo meu). *(Retórica,* 1, 4, 1359 *b* 2-18)

Notemos, para começar, que essa passagem possui dois antecedentes: 1) que a retórica é um composto de dois elementos, a ciência dos raciocínios (analítico, especificado na dialética e particularizado na retórica) e a ciência dos caracteres (que é da ordem da política); 2) que ela é duplamente semelhante: é semelhante à dialética (quando sua intenção é boa, sua competência é idêntica *subspecie pithanon,* se ouso dizer), é semelhante à sofistica (quando sua intenção é má e serve-se do *phaínomenon* para enganar)".

Mas o centro de interesse é o dos limites da retórica. A passagem confirma mais uma vez que há para Aristóteles, no momento em que ele fala, uma inflação da retórica, que o faz ultrapassar seus "teoremas" ("questões", "especulações", "princípios") próprios. Para estabelecer o lugar da retórica, Aristóteles torna explicita novamente a relação entre *dynamis* e *epistême*. Esse texto metodológico notável pensa a especificidade da retórica (nisto semelhante à dialética) como ciência, a partir de seu caráter "dinâmico", como

"poder". Assim se confirma o estatuto ambíguo da cientificidade retórica: não é inteiramente uma "ciência", mas deve permanecer um "poder" - ainda que seja uma ciência, e mesmo uma ciência teórica (possui "teoremas" próprios, ela "teoriza") -, pois não é uma ciência que trata de objetos reais, de coisas que consistem ou subsistem no mundo *(hypokeímenon tinórt, pragmatôn),* mas uma ciência que se ocupa exclusivamente de discurso.

A ciência que se ocupa dos objetos de que falam esses discursos é a política. A política, presente no início e nomeada no final de nossa passagem, é, portanto, uma meta retórica, única habilitada a tratar com verdade - e prudência -dos objetos bem reais a propósito dos quais se delibera, e de sua classificação.

0 próprio Aristóteles deve se precaver, portanto, em sua *Retórica,* para não avançar sobre o terreno de sua *Política* e de sua *Ética.* E assim, por exemplo, que ele conclui sua enumeração, necessariamente dóxica e conjuntural, dos grandes lugares de deliberação (recursos, guerra e paz, defesa do território, importação-exportação, legislação), remetendo ao que é talvez mais interessante e mais útil, aos relatos geográficos e às pesquisas históricas, ao campo político *(1360 a 33-37).*

Campo no qual voltamos a encontrar a imperiosa necessidade do lugar-comum, o único a impedir a retórica, assim como a dialética, de usurpar o estatuto de todas as ciências particulares, tais como o direito, a física, a ética ou a política: "0 lugar-comum não torna conhecedor de gênero algum, uma vez que não incida sobre objeto algum (*hypokeimenon,* como em 1359 *b* 15); quanto aos lugares próprios, quanto mais os escolhemos como premissas, mais criamos sem perceber uma outra ciência (*episteme*) que não é a dialética, mas a retórica; pois, se por acaso nos deparamos com princípios, não haverá mais dialética nem retórica, mas a ciência à qual pertencem esses princípios" (1, 2, *1358 a* 21-26).

Assim, é sua própria universalidade que garante ajusta medida da retórica, pois ela está ligada a seu estatuto de ciência dos discursos, por oposição ao de ciência dos objetos. Permanecer *dynamis* envolve ao mesmo tempo uma dupla consequência, feliz e infeliz: assemelhar-se à sofística, devido a uma vocação para a universalidade discursiva, e não usurpar a identidade da política, ciência dos objetos dos quais ela fala. No fundo, para Aristóteles, quem se fizer de anjo faz-se de besta: é quando se quer fazer de *Fedro* oque se faz de *Górgias.* Ao querer fazer equivaler a retórica, chame-a política ou filosofia, e querendo apoderar-se das coisas em si, cai-se na mascarada sofistica. Platão e os sofistas lidos por Platão são atingidos simultaneamente por Aristóteles, precisamente devido a essa nova regulação territorial ligada à constituição da retórica como ciência: "Fazer a teoria do persuasivo" implica que se trate de uma ciência dos discursos e não das coisas.

A singularidade da política consiste, numa primeira análise, em que a *dynamis* e a *energeia,* a potencialidade e a atualidade, se separem. Enquanto

um só médico é competente e capaz pois transmite sua capacidade a seus alunos e, além disso, pratica aquilo que ensina ou seja: cura efetivamente, o sofista por sua vez ensina aquilo que não pratica nunca, e o homem político pratica o que não sabe ensinar. Como se um tivesse toda a *dynamis* e o outro toda a *energeia.* Aristóteles reencontra então acentos platônicos (cf. *Mênon,* 93 *ss.; Protágoras,* 319-320) para constatar que nenhum homem político jamais escreveu ou falou de política ("o que seria contudo bem melhor do que defesas de tribunais ou discursos"), e jamais tornou seus filhos ou amigos um homem político ("o que seria todavia a melhor das heranças a deixar para a cidade"): prova de que eles não o podem.

Esse estatuto paradoxal da política, no qual potência e ato fazem *partes extra partes,* tem uma consequência desastrosa; pois se os políticos não ensinam, deve-se acrescentar que tampouco os sofistas o fazem: "Os sofistas que fazem proclamações excessivas estão manifestamente bem longe de ensinar. Em uma palavra, não sabem nem de que ensino se trata nem sobre o que ele incide. Não fosse assim, eles não teriam identificado, ou mesmo subordinado, a política à retórica, e não teriam pensado que é fácil legislar apenas reunindo as leis mais reputadas" (1181 *a 12-17). Os* sofistas, cujo caráter fundado na *hybris* tornamos a encontrar, só ensinam a retórica, fazendo-a passar pela política - uma retórica, aliás, que ensinam mal, isto é, menos bem do que Aristóteles, já que dão receitas, excertos de leis, os resultados da arte em lugar da arte. De um lado, jactância, usurpação de identidade, pretensa cientificidade dos sofistas oradores. De outro, impediria, experiência incontornável mas incomunicável dos homens políticos: quem pode ainda ensinar a política? Um murmúrio chega até nós como resposta: nem o orador, nem o homem de Estado, mas talvez o leitor assíduo da *Política* de Aristóteles, que saberá nutrir com ela seus filhos.

0 *logos* de Aristóteles é por si mesmo, em virtude de sua definição, mais político do que o *logos* sofístico, pelo menos como visto por Aristóteles: pelos objetos que ele mostra, a partir de sua relação com o justo e o injusto, e porque ele funciona sempre como *télos,* e jamais apenas como *tekhnê*. Mas a política que pratica necessariamente o animal dotado de *logos* é uma disciplina altamente paradoxal, como se a definição fosse antes reguladora, e o homem jamais conseguisse conformar-se a seu conceito, o que exigiria precisamente toda a extensão do sentido de *logos*. A dificuldade do estatuto da política reside, nessa perspectiva, no hiato entre sua *dynamis* e sua *energeia*; hiato em virtude do qual há sempre o risco de alguém se deter na *dynamis* retórica, agindo então, desse modo, diz Aristóteles, como sofista: como "hoje". Em outros termos, há o risco de alguém se deter no sentido sofistico de *logos, logos* singular de um plural, *logói,* atestado pelo sentido de "discurso". Risco tanto mais intolerável quanto só existe bom sofista devido à elaboração aristotélica da retórica, fica-se então na calmaria dos lugares-comuns, com discursos "somente" discursos e jamais as coisas mesmas. Uma vez cancelada

a consistência discursiva da cidade ao mesmo tempo que a apreensão sofistica do mundo, a amplitude do sentido de *logos* funciona politicamente como um motor e como um freio.

O *logos* sem o qual não há verdadeira vida política pode, portanto, tornar-se instrumento da "despolitização" dos cidadãos, quando é utilizado sem a preocupação com o bem comum ou mesmo, mais modestamente, com o interesse comum. Quer dizer que nenhum regime pode se manter pela simples prática da palavra[54]. O debate público, com efeito, só esclarece o povo se a deliberação não visa constantemente a por em questão as leis existentes. A lei é a salvaguarda da palavra e da ação, ela preserva a retidão do juízo coletivo, como o ethos continente preserva a retidão do juízo individual. Se a constituição democrática autoriza a diversidade dos costumes privados, se permite a livre expressão de opiniões antagônicas, ela só permanece como regime político se a assembleia não perde o sentido do alcance de suas próprias decisões. A arte da retórica permite tornar inteligível para todos soluções engenhosas e novas, mas pode, no entanto, cegar a inteligência com proposições demagógicas; também na ausência de um ethos virtuoso, o hábito de respeitar as leis dá a cada um a capacidade de resistir ao que é imediatamente sedutor. Quando este hábito se perde, quando as leis são consideradas com desprezo, a democracia soçobra na sua própria caricatura e destrói a si mesma.

Aristóteles teve o mérito de denunciar as derivas da democracia, sem se tornar partidário dos oligarcas; ele compreendeu que os democratas podiam ser por si mesmos os coveiros do regime do qual se reclamam. A democracia tem dois trunfos importantes: é adaptada a uma sociedade numerosa, aberta e plural; é a única que se ajusta à mediocridade de uns e outros. Mas não poderia ser celebrada como o temos de toda cidade moderna sob o pretexto de que poderia se preservar pelo simples jogo das forças e das palavras. A democracia tem duas faces, a de regime constitucional, de "República", capaz de encarnar certa norma do justo graças à virtude especificamente política do coletivo popular, mas também a de despotismo da massa. O valor da democracia não pode ser determinado a priori; ele se revela pela prática efetiva dos cidadãos, segundo respeitem ou não as instituições que deram a si mesmos. Sem este fundamento constitucional e legal, a cidade não é mais uma multidão de cidadãos falando, discutindo e agindo juntos a despeito dos desacordos; ela é massa compacta, aclamando ou vaiando oradores, exprimindo permanentemente seu ressentimento quanto àqueles que não são medíocres. A lei permanece, assim, a única garantia de costumes verdadeiramente políticos e não despóticos.

[54] É igualmente a esta conclusão que B. Cassin chega no seu artigo recente: Logos et politique. Politique, rhétorique et sophistique chez Aristote (p. 367-398), *Aristote politique*, *op.cit.*, "A retórica contrafaz sempre a política por falta sofística do sentido de medida", p. 391.

BIBLIOGRAFIA

ARISTÓTELES, *Metaphysics*. Oxford: Clarendonian press, 1924-1997 (Ed. Ross).

_____, *Ethique de Nicomaque*. Paris: Librairie Garnier, 1950 (Ed. J. Voilquin).

_____, *A Política*. São Paulo: Martins Fontes, 1991 (Ed. R.L.Ferreira).

_____, *Política;* Edição Bilingue, Lisboa, VEGA, 1998.

CASSIN B., Aristote et le logos, Paris, PUF, 1997.

_____, *Ensaios sofísticos*. São Paulo: Edições Siciliano, 1990.

_____, *L'Effet Sofistique*, Paris, Gallimard, 1995.

_____, *Sur Parménide*, Lille: P.U. de Lille, 1980.

AA.VV., *Aristote Politique*, Paris, PUF, 1993.

ALBERTI, A. (A cura di), *Studi sull'Etica di Aristotele*, Napoli, Bibliopolis, 1990.

AUBONNET J., *Aristotle: Politique,* texto, traducción francesa y notas, 3 vls. (París: Budé, 1968).

BAKER E., *The Politics of Aristotl*e, Oxford, 1946).

DREIZEHNTER, *Aristoteles Politi*k, texto(Munich, 1970).

EVERSON, A, *The Politic*s, traducción original de Jowett, revisada por J. Barnes (Cambridge, 1988).

NEWMANN L., *The Politics of Aristotl*e, texto, introducción notas críticas y explicativas, 4 volúmenes (Oxford, 1887-1902; reeditado en 1973).

MARÍAS J. Y ARAUJO M., *Aristóteles Política*, texto, traducción española e introducción (Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1951).

ROBINSON R., *Politics Books III and I*V, traducción introducción y cometarios; (Oxford, 1962).

SINCLER T. A., *Aristotle: The Politics* (Harmondsworth, 1983).

SUSEMIHL F.E HICKS R. D., *The Politics of Aristotl*e, texto, traducción y comentario de los libros I-V [I-III-VII- VIII] (Londres, 1984; reeditado en 1996).

CAPÍTULO IV

SOBRE O CONCEITO DE NATUREZA HUMANA EM MAQUIAVEL

Nicolas Bortolatto Garcia Costa[55]

RESUMO: O objetivo do presente trabalho consiste em discutir o que é afinal natureza humana para Maquiavel nos seus escritos, com a ajuda de comentadores também. Assim se tenta clarificar algo que este autor não dedicou nenhuma obra especifica, contudo é um tema recorrente em todos seus escritos. O objetivo não é esgotar o tema, que, aliás, é muito vasto, mas oferecer uma visão panorâmica do conceito e algumas interpretações. Ir-se-á explicitar alguns pressupostos necessários para a compreensão do autor, em segundo lugar se irá falar do conceito de natureza humana e por fim com o que ele está contraposto e o que Maquiavel tem como fim.

1. Pressupostos de Maquiavel

Nicolau Maquiavel é um dos expoentes do "humanismo cívico", o qual é um grupo de pensadores do quatrocento e cinquecento italianos. Esse grupo apesar de conservar elementos do período de pensamento anterior, e autores como Kristeller defendem isso, ele tem inovações frente a Idade Média. As principais inovações são uma crise frente a uma instituição política que se achava como eterna, que no caso é o Império Romano. Pensadores como Agostinho e sua interpretação da Bíblia em uma famosa passagem do evangelho de Mateus: "Eu te darei as chaves do Reino dos céus: tudo o que ligares na terra será ligado nos céus, e tudo o que desligares na terra será desligado nos céus"[56] identificam a Igreja Católica com esse Império Romano. Com a queda deste império nesse período do florescimento do renascimento, os autores irão começar a questionar essa eternidade pela interpretação de Agostinho, e com isso o Império Romano é um Império como os outros, capaz de ascensão e queda. Essa interpretação é vista nos Discorsi de Maquiavel, onde o autor fala que tiranos levam a perda da liberdade do povo, levando a república romana a ruína. Esse ataque a Roma eterna é justamente pelo fato de que essa ideia tem um problema o qual os pensadores da época de Maquiavel estavam lidando: o florescimento das cidades, e portanto a sua mudança. Há consequentemente o abandono dessa ideia para explicar como que Florença, Veneza, entre outras estava mudando. É preciso investigar a "verdade efetiva da coisa"[57] e ver como a política

[55]Graduando em filosofia pela PUC-SP e graduando em direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.
[56]Mt, 16:19.
[57]Principe, Cap 15.

aparece, se constitui e não tentar idealizar um regime político ou o próprio homem. O homem aqui não é mais um modelo perfeito, mas aquele que pode cair em paixões e no desejo de conquista desenfreado, destruindo o governo bom e forte.

Além desse ponto, há outros dois pontos chaves para entender o pensamento de Maquiavel acerca da natureza humana. O que há no renascimento é um florescimento e importância das paixões como elemento determinante no ser humano e algo que não pode ser totalmente controlado. Paixões são emoções fortes, impulsos naturais que são constitutivos da natureza humana. De certo modo esse pensamento se contrapõe a outro o qual as paixões são totalmente controláveis e são ruins, portanto devendo ser reprimidas[58]. No renascimento mesmo nos homens mais excelentes essas paixões não conseguem ser reprimidas, simplesmente pelo fato de que o homem tem elas como algo constituinte da natureza humana, que não pode ser barrado. Se a natureza humana for reprimida totalmente, se retira a liberdade e força criadora constituinte de um cidadão de vida política ativa. As emoções fortes tem um papel não totalmente ruim aqui. É preciso inflamar elas para incutir nos soldados a defesa de sua pátria e a defesa desta diante qualquer ameaça que retire a liberdade cívica. Além dessas emoções ditas boas se tem uma outra parte da natureza humana que não pode ser ignorada: a de que o mal faz parte de sua constituição. O mal não pode ser controlado também totalmente pela razão, há um homem que pode cair nos desejos e na malignidade e fazer tudo por ela. As paixões são impulsos naturais dos homens, sendo imanentes ao sujeito e não produto de causa externa.

Em terceiro lugar há o problema de como manter uma Florença livre frente a ameaças externas como milícias mercenárias e o avanço do Ducado de Milano sobre a península italiana. Com Giangaleazzo, líder de Milano, que surpreendente vem a falecer quando irá invadir Florença. Se a liberdade se perde e Florença entra em domínio milanês o que ocorre? Os seus próprios cidadãos perdem a possibilidade de independência externa e de se autogovernar, com a igual possibilidade de se participar dos negócios do governo[59]. Consequentemente, vendo suas possibilidades de ter não uma vida política ativa (composta por participação e decisão nos negócios da Republica, criando uma competição constante o qual mantém esse regime político forte.) perdidas, renascentistas como Leonardo Bruni irão defender essa vida política ativa e criticar o exercito mercenário que Florença tinha. Esse exercito mercenário é muito instável, não entregando a vida pela republica, como honra, mas sim se cedem ao dinheiro, podendo trocar de lado qualquer hora. Há a defesa de um exercito próprio e forte, para se defender das ameaças externas e garantir a liberdade. Essa vida política ativa é construída por um povo virtuoso.

Esses são apenas alguns princípios do humanismo cívico que continuam vivos em Maquiavel, sendo que ele se preocupa bastante com os conceitos de virtude e de vida política ativa para resolver o problema da natureza humana, o qual iremos tratar agora.

[58]Esse tipo de pensamento tem de certo modo origem estóica, sendo que estóicos entenderem paixões como um impulso excessivo o qual pertence a faculdade de comando da alma. Apesar de paixões não serem emoções para os estóicos, eles colocam as paixões como algo irracional que deve ser reprimido, algo totalmente controlado.

[59]Skinner, 1996. pp. 98-99.

2. Natureza Humana em Maquiavel

O problema da natureza humana consiste em simplesmente se os homens são maus e são propensos a cair em seus desejos, como é possível construir um estado forte, voltado para o bem publico? Maquiavel defende que é necessário ser virtuoso para que seja possível se ter uma Republica forte e não corrompida[60]. Um aspecto importante a ser ressaltado é que para o florentino é que "[...] homens, que têm e sempre tiveram as mesmas paixões, tais coisas só poderão, necessariamente, produzir os mesmos efeitos."[61]Se o homem não muda e tem o mal como constituinte da sua natureza como ele pode ser virtuoso? Explicitemos isso.

Quais são afinal os elementos constituintes da natureza humana segundo Maquiavel? Na verdade o homem, segundo Maquiavel os homens "não sabem ser maus com honra nem bons com perfeição"[62]. O que significa isso? Significa que há na natureza humana tanto o bem quanto o mal, e que apesar dela ser imutável e não mudar durante as eras, os homens nunca irão fazer tanto o bem quanto o mal com perfeição. Apesar de haver bem e mal qual irá ser elemento determinante para Maquiavel? No caso os desejos de conquista, de querer tudo para si e não conseguir tudo, de querer possuir tudo nem que isso custe seus amigos, família, bem e tantas outras coisas. Os apetites do homem são "insaciáveis, porque, tendo os homens sido dotados pela natureza do poder e da vontade de desejar todas as coisas e pela fortuna conseguir poucas"[63]. O desejo de conquista desenfreadamente leva ao fracasso e destruição do homem. Segundo o florentino "os homens não precisam combater por necessidade, combatem por ambição; e esta é tão poderosa no peito humano que nunca, seja qual for a posição atingida, o homem a abandona"[64]. O mal é algo destrutor e algo que sempre vai estar no homem, e caracteriza esse desejo de conquista faz a sociedade como um todo desrespeitar os costumes e a lei, se tornando corrompida. O desejo de conquista joga papel preponderante no homem, mas isso não significa que se possa contorna-lo.

O homem é composto por uma natureza e por um ethos[65], e esse ethos, visto como um conjunto de hábitos, é capaz de ser modificado, visto que ele é um conjunto de hábitos, e isso explica porque apesar de se ter o desejo de conquista se pode contorna-lo se tendo uma virtude. Agora além da malignidade latente do homem, que cede aos seus desejos se não for controlado tem o aspecto da natureza humana relacionada ao agir humano, que no caso esta relacionado a esse ethos. O agir humano para Maquiavel se desdobra em dois aspectos importantes: "os homens agem por necessidade ou por escolha"[66]. Devido a essa

[60]Entende-se corrompido em Maquiavel por degradação dos bons costumes e desrespeito das leis, da religião. Quando não há leis nem ordenações (Ordenações são: "a autoridade do povo, senado, dos tribunos, dos cônsules, o modo de candidatar-se e de eleger magistrados e o modo de fazer leis".Maquiavel. Discorsi, I, 18) fortes, se instaura uma corrupção generalizada, conforme se mostra em Discorsi, I, 18.
[61]Discorsi, III, 43.
[62]Discorsi, I, 27.
[63]Discorsi, II, proemio.
[64]Discorsi, I, 37.
[65]Engelmann, 2005. Pag. 80-83.
[66]Discorsi, I, 1.

frase, significa principalmente que aqui se resolve uma parte do problema. Isso acontece devido que apesar de o homem querer tudo, se se colocar uma sociedade em um lugar bruto, sem condições materiais para se sobreviver, elas irão, por necessidade, construir e elevar uma sociedade de tipo virtuosa, esforçada para sair de uma situação ruim. Então pode se incutir no homem essa situação de necessidade e pode-se criar uma sociedade virtuosa. Ela é mantida no caso por meio da política virtuosa, que se tem um conflito sendo gerado constantemente por rivalidade civil e ambição de todos quererem e poderem participar dos cargos públicos, e essa política é voltada para o bem publico. O homem é fraco e pode cair de novo no desejo de conquista, por isso é necessário que o governante esteja atento para possíveis ameaças e considerar todos os homens maus. Já que assim como ele, eles podem querer o retirar do poder para conquistar o cargo e o prestigio. O governante no *Principe* deve portanto construir diques para barrar a provável onda de fortuna que pode se voltar contra ele. E no caso dos *Discorsi*o governante deve zelar e manter os bons costumes e ordenações, justiça e religião para que os homens não destruam o estado por ambição. Com isso se chega ao que deve ser construído e o qual é uma das teses de Maquiavel: o povo deve ser virtuoso. Falaremos agora da virtude.

3. Virtude e bem público

A virtude é um tema recorrente em Maquiavel, onde ele influenciado pelo humanismo cívico irá também falar que ela precisa estar presente no povo, e com uma vida política ativa se alcança um Estado não corrompido e voltado para o bem publico. Há diferenças de tratamento diante o *Principe* e *Discorsi* em relação ao tema. Enquanto no *Principe* é visto mais um aspecto da virtu do príncipe, nos *Discorsi* se é visto uma virtu coletiva, voltada para o bem publico. Apesar disso, segundo Chabod e Ridolfi, Maquiavel não era um homem ruim voltado a criar um manual para como um príncipe explorar e abusar do povo (já que um príncipe tirânico não é digno de poder segundo os Discorsi), mas sim era um republicano que buscava o bem publico. Segundo sua natureza constituinte, ele pode por meio do ethos, moldar-se, e colocar-se a par com uma política, voltada a interesses públicos[67]. O homem com esse tipo de ética se liberta de desejos egoístas e supérfluos para se voltar para o bem publico, garantindo isso pela vida política ativa, virtuosa, com capacidade de decisão e firme. Isso é garantido por meio de um modelo de instituições que garantem que o homem não vai ficar desunido e cada um se dispersando em seus interesses egoísticos. Essas instituições têm que ser fortes a modo de segurar os homens (não totalmente, já que isso é impossível), e elas são leis fortes e bons costumes. Portanto, se houver uma corrupção dos costumes, os homens irão se distanciar do bem publico e irão se voltar para si mesmos apenas, colocando o Estado em risco. Diante disso, um homem virtuoso se deixará influenciar minimamente pelas fortunas, e ter o mesmo caráter em fortunas diferentes, não sendo menos virtuoso e cedendo ao erro por comodidade.

Considerações Finais

[67]Valverde, 2012. Pag 58.

Maquiavel resolve o problema da natureza humana, baseado na verdade efetiva da coisa, com uma vida virtuosa. Ela em ultima instancia retira os homens de interesses supérfluos e egoístas e coloca-os voltado para o bem publico, que é o melhor para todos. Por tudo isso que uma cidade "ordenada para a vida política por algum homem excelente, graças a virtude de tal ordenador, durante certo tempo cresce e caminha sempre para o melhor"[68]

Bibliografia

Bibliografia Primária:

Maquiavel, Nicolau. Discursos sobre a primeira década de Tito Lívio. Tradução: MF. São Paulo: Martins Fontes, 2007. (citado também como "Discorsi")

_____. O Principe. Tradução: José Antonio Martins. São Paulo: Hedra, 2011.

Bibliografia Secundária:

Baron, Hans. En Busca del humanismo cívico florentino: Ensayos sobre el cambio delpensamiento medieval al moderno.Tradução de Miguel Abelardo Camacho Campo.México: Fondo de cultura económica, 1993.

Berlin, Isaiah. La originalidad de Maquiavelo. In: Contra lacorriente. Ensayos sobre la historia de lasideas. Madrid: Fondo de cultura económica, 1896.

Chabod, Federico. Escritos sobre Maquiavelo. Trad.: Rodrigo Ruza. México: Fondo de cultura económica, 1984.

ENGELMANN, ADEMIR ANTONIO. Maquiavel: Secularização, Política E Natureza Humana. 2005. Mestrado em Filosofia - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, . Orientador: Antonio José Romera Valverde.

Ridolfi, Roberto. Biografia de Nicolau Maquiavel.Tradução de Nelson Canabarro.São Paulo: Musa Editora, 2003.

Skinner, Quentin. As fundações do pensamento político moderno. Tradução de Renato Janine Ribeiro e Laura Teixeira Motta, S. Paulo: Cia das Letras, 1996.

Valverde, Antonio José Romera. "Maquiavel: a natureza humana e o reino deste mundo." In: Sganzerla, A., Valverde, A. J. R., Falabretti, E. (orgs.) Natureza Humana em Movimento: ensaios de antropologia filosófica. São Paulo: Paulus, 2012. Pag. 51-61.

[68]Discorsi, II, proemio.

CAPÍTULO V

A FRAUDE COMETIDA NA COMPRA E NA VENDA À LUZ DO PENSAMENTO TOMASIANO

LA FRODE NELLE COMPRAVENDITE NEL PENSIERO FILOSOFICO DI SAN TOMMASO

Lino Rampazzo
Doutor em Teologia pela Pontificia Università Lateranense (Roma)
Professor e Pesquisador no Programa de Mestrado
em Direito do Centro Unisal – U.E. de Lorena (SP)
E-mail: lino.rampazzo@uol.com.br

Marcius Tadeu Maciel Nahur
Mestre em Direito pelo Centro Unisal
Professor de Filosofia do Direito e
Membro do Grupo de Pesquisa de
Bioética e Biodireito do Unisal
E-mail: macielnahur@gmail.com

Resumo: Este artigo pretende estudar o pensamento filosófico tomasiano na questão *Suma* sobre a "A fraude cometida na compra e na venda", a partir de uma visão geral desta obra. Percebe-se, antes de tudo, o espaço considerável que a *Suma* reserva para tratar do tema da "Justiça", a virtude mais estudada em comparação com todas as outras. Com referência à questão, são analisados quatro artigos: a venda injusta quanto ao preço (art. I); a venda injusta e ilícita por causa de um defeito da coisa vendida (art. II); a eventual obrigação do vendedor a revelar o vício da coisa vendida (art. III); e se é lícito, ao negociar um objeto, vendê-lo mais do que custou (art. IV).Pretende-se, assim, a partir de um autor clássico, analisar o tema da Justiça que marcou toda a reflexão etico-jurídica da civilização ocidental,podendo apontar caminhos a serem trilhados para que a justiça seja vivenciada e a injustiça seja evitada, particularmente no importante e delicado papel de quem é chamado a praticar a justiça na compra e na venda, nesta época atual em que as "trocas" assumem novas e, até poucos tempo atrás, inimagináveis modalidades.
Palavras-chave: Pensamento tomasiano, Justiça, Compra e Venda.

Riassunto: Questo articolo artigo pretende analizzare il pensiero filosofico di San Tommaso in una questione della *SommaTeologica*, sulla "frode nelle compravendite", a

partire da una visione generale di quest'opera. Si percepisce, prima di tutto, lo spazio considerevole che la *Somma* dedica al tema della "Giustizia", la virtù piu studiata, se paragonata con tutte le altre virtù. Riguardo alla questione, si studiano quattro articoli: la vendita ingiusta per il prezzo (art. I); la vendita ingiusta e illecita a motivo della cosa venduta (art. II); l'eventuale obbligo del venditore a dichiarare il vizio di ciò che vende (art. III); se nel commercio èlecito vendere una cosa per di più di quanto fu comprata (art. IV). Si pretende, così, a partire da un autore classico, analizzare il tema della Giustizia che ha marcato tutta la riflessione etico-giuridica della civiltà occidentale, con la possibilità di indicare un cammino perché la giustizia sia praticata e l'ingiustizia sia evitata, particolarmente nell'importante e delicato ruolo di coloro che sono chiamati a praticare la giustizia nella compravendita in questa epoca attuale in cui gli "scambi" assumono nuovi e, fino a qualche tempo fa, inimmaginabili procedimenti.
Parole-chiave: Pensiero di San Tommaso,Giustizia, Compravendita.

Introdução

Entre os muitos assuntos desenvolvidos pelo pensamento tomasiano, optou-se por escolher a temática da "Fraude na compra e na venda". Trata-se, pois, de analisar a questão 77 da segunda seção da Segunda Parte da Suma Teológica, a obra mais famosa de São Tomás de Aquino (1225-1274).

O presente artigo pretende analisar esta questão procurando nas reflexões tomasianas aqueles princípios e aquele método que possam ajudar na solução dos atuais problemas jus-filosóficos. A volta a um autor clássico justifica esta escolha, ainda mais num período em que as modalidades de compra e de venda encontram expressões nunca antes experimentadas na história da humanidade. Pense-se, por exemplo, à utilização da internet, nesta área.

Mas, para uma melhor compreensão da questão, será considerada, antes, a colocação da mesma na Suma Teológica.

1 A reflexão sobre a compra e a venda como parte da temática da Justiça e da Injustiça na Suma Teológica

Para entender melhor a questão 77 da segunda seção da Segunda Parte da Suma Teológica, que trata da "fraude cometida na compra e na venda", apresenta-se o esquema geral da obra e, particularmente, o espaço significativo que, nela, Santo Tomás dá para a temática da justiça e da injustiça.

A *Suma Teológica* é articulada em três Partes. A Primeira Parte (questões 1-119), dogmática, sobre Deus em si mesmo, sobre o mistério da Trindade e sobre a atividade criadora de Deus (anjos, seres corpóreos, homem).

Na Segunda Parte, moral, São Tomás considera o homem, impelido pela Graça, na sua aspiração de conhecer e amar a Deus para ser feliz no tempo e na eternidade. Esta Parte, por sua vez, está subdividida em duas seções: a primeira seção da Segunda Parte (*prima secundae I-II*: questões 1-114),e a secunda seção da Segunda Parte (*secunda secundae II-II*: questões 1-189).

Primeiro (I-II), ele apresenta os princípios teológicos do agir moral, estudando como, na liberdade de escolha humana, para praticar o bem, integram-se a razão, a vontade e as paixões, às quais se acrescenta a força que dá a Graça de Deus, bem como a ajuda que é oferecida também pela *leimoral*. Analisam-se, aí, especificamente os seguintes temas: o fim último, os atos humanos, as paixões, as virtudes, os vícios e os pecados; a lei, a graça.

Sobre este fundamento, São Tomás delineia a fisionomia do homem que vive segundo o Espírito e que se torna, assim, um ícone de Deus (II-II). Aqui, ele estuda as três virtudes teologais - fé, esperança e caridade -, seguidas do agudo exame de mais de cinquenta virtudes morais, organizadas em torno das quatro virtudes cardeais - prudência, justiça, fortaleza e temperança. Termina, então, com a reflexão sobre as diferentes vocações na Igreja.

Na terceira Parte da Suma (questões 1-90), novamente dogmática, São Tomás estuda o Mistério de Cristo por meio do qual pode-se alcançar novamente a Deus Pai. Nesta seção, escreve páginas sobre o Mistério da Encarnação e da Paixão de Jesus e sobre os sete sacramentos (TORREL, 2003).

Devido à sua morte prematura, São Tomás não completou a *Suma*. Ele tinha chegado a falar do sacramento da penitência (I parte).

A última parte, chamada de *Suplemento* (questões 1-99), foi redigida pelo seu amigo e secretário, Frei Reginaldo de Piperno; e analisa os seguintes temas, a partir dos sacramentos não estudados anteriormente: a penitência (II parte), a unção dos enfermos, a ordem, o matrimônio; e, em seguida, o juízo particular e universal, a ressurreição dos mortos e as realidades futuras.

Para a redação do *Suplemento*, Frei Reginaldo extraiu suas ideias da obra anterior de Santo Tomás, *O Comentário ao livro das Sentenças*, escrito entre 1252 e 1256, quase vinte anos antes da *Suma*, quando seu pensamento não tinha ainda chegado à plena maturidade (TOMMASO, 1996).

Todo esse esquema reflete a visão filosófica de Santo Tomás, especialmente aquela que se refere às relações entre razão e fé, natureza e graça. A visão das relações

entre razão e fé possui como base algumas convicções filosóficas e teológicas. Antes de tudo, o realismo gnosiológico; ou, em outros termos, a profunda confiança na radical racionalidade do único horizonte do *ser*, que não pode dar origem a ordens contrastantes de verdades. Em segundo lugar, a convicção de que a razão humana, também se sustentada no *ser* por parte de Deus, seja originariamente fornecida de tudo aquilo que lhe é necessário para agir conforme sua natureza. Em terceiro lugar, a tese de que a graça de Deus não anula, mas supõe e aperfeiçoa a natureza humana. A ordem da fé, que corresponde à "graça", não anula, pois, a ordem da razão, que corresponde à "natureza", mas a aperfeiçoa.

O conhecimento filosófico pode, pois, completar-se no conhecimento teológico sem, com isso, precisar renunciar ao seu específico campo; e, da mesma forma, a teologia pode servir-se da filosofia, sem desvirtuar-se (PERONE; FERRETTI, CIANCIO, 1975).

Neste sentido, entende-se a escolha dos temas da Suma Teológica: Deus, Homem e Cristo. E especificamente, quando trata do homem, analisa também aquelas virtudes, as cardeais, que anteriormente tinham sido estudadas pela filosofia grega, e que são objeto específico do saber racional.

Com referência ao espaço reservado ao estudo das virtudes cardeais, percebe-se que ele dedica 10 questões para tratar da prudência (questões 47-56), 66 questões relativas à justiça (questões 57-122), 18 questões sobre a fortaleza (questões 123-140) e, por fim 30 questões sobre a temperança (questões 141-170). Pode-se verificar, para entender a importância que ele dá à reflexão sobre a justiça, também a quantidade de questões que tratam das virtudes teologais: 16 questões sobre a fé (questões 1-16), 5 sobre a esperança (questões 17-22) e 24 sobre a caridade (questões 23-46).Em suma ele fala mais sobre a justiça do que sobre as outras três virtudes cardeais, que somam 58 questões.

Aplicando tudo isso ao nosso estudo, a reflexão filosófica de São Tomás acaba apresentando-se como o exemplo um possível diálogo, com base em argumentos racionais, sobre os sempre debatidos temas do Direito e da Justiça.

Mais especificamente, a Suma trata, antes de tudo, da "Justiça em si mesma", com as seguintes questões: o direito, objeto da justiça (q. 57); a justiça (q. 58); a injustiça (q. 59); o juízo (q. 60).

A temática deste artigo se encontra quando S. Tomás trata, sucessivamente, dos vícios opostos à Justiça: e, mais especificamente, à justiça comutativa, a saber: o homicídio (q. 64); a mutilação, o açoite e o encarceramento (q. 65); o furto e o roubo (q. 66); a injustiça do juiz no julgar (q. 67); a acusação injusta (q. 68); a injustiça do acusado (q. 69); a injustiçada testemunha (q. 70); a injustiça dos advogados (q. 71); a injúria (q. 72); a difamação (q. 73); o mexerico (q. 74); a zombaria (q. 75); a maldição (q. 76); *a fraude nas compras ou vendas* (q. 77); a usura nos empréstimos (q. 78).

Colocou-se grifada a questão que vai ser considerada neste artigo.

2 A Fraude na compra e na venda

A questão 77começa indicando o respectivo tema, nestes termos: *De fraudulentia quae committitur en emptionibus et venditionibus*; a saber: *Da fraude cometida na compra e na venda*.O problema analisado está dividido em quatro artigos:a) da venda injusta quanto ao preço, isto é, se é lícito vender uma coisa por mais do que ela vale; b) se a venda se torna injusta e ilícita por causa de um defeito da coisa vendida; c) se o vendedor está obrigado a revelar o vício da coisa vendida; d) se é lícito, ao negociar um objeto, vendê-lo mais do que custou.

Na resposta ao questionamento do primeiro artigo, São Tomás distingue duas situações: quando há e quando não há fraude. No primeiro caso ele afirma que "empregar fraude para vender uma coisa por mais do que o seu justo preço, é absolutamente pecado, porque enganamos o próximo causando-lhe dano". E logo depois cita Túlio Cícero (*De officiis*Lib. III, cap. XIV), para quem "não devemos, pois, usar de nenhuma mentira ao fazer contratos, nem o vendedor nem o comprador devem fazer intervir um licitante que finja querer adquirir a causa".

Não há, pois nenhum justificativa para a fraude, seja do ponto de vista teológico, que a considera "pecado", como do ponto de vista simplesmente "ético", conforme a citação do texto de Cícero.

Passa-se, depois, à situação na qual não há fraude. Aí, São Tomás começa com uma consideração mais geral sobre a compra e a venda, afirmando que "foram inventadas para utilidade comum das duas partes, por precisar um da coisa do outro e inversamente". Consequentemente não pode prejudicar nenhuma das duas partes: a do comprador e a do vendedor. E isso acontece quando há "um contrato baseado na igualdade da coisa". Mas a quantidade das coisas que servem ao uso do homem é medida pelo preço. Neste sentido, ele cita Aristóteles (*Ética a Nicômaco* V, 9) para quem a moeda foi inventada com este fim. Diante de tudo isso "se o preço exceder a quantidade do valor da coisa ou se, inversamente, a coisa exceder o preço, desaparece a igualdade da justiça". Conclui afirmando que "vender mais caro ou comprar mais barato do que a coisa vale é em si mesmo injusto e ilícito".

Mas São Tomás faz sempre questão de distinguir. Por isso, logo depois reflete sobre a situação da compra e da venda quando "acidentalmente dela resulta a utilidade de um e o detrimento de outro. Por exemplo, quando um tem grande necessidade de uma coisa e o outro fica lesado se for privado dela". Neste caso o preço justo não considera apenas o produto vendido, como também o dano que, pela venda, o vendedor sofre. É, pois, lícito, em tal circunstância que a coisa seja vendida por mais do que vale.

Diferente é o caso em que o comprador ganha uma grande vantagem e o vendedor não sofre nenhum dano ao ser privado do objeto vendido: neste caso o preço não deve ser aumentado. Ele justifica tal atitude diante do fato que tal utilidade não provém do vendedor, mas da condição de comprador. Mas se aquele que conseguiu uma significativa vantagem pelo objeto comprado der espontaneamente algum dinheiro a mais ao vendedor, irá "proceder com honestidade".

A primeira objeção do artigo fazia referência ao fato que as leis civis "permitem que comprador e vendedor mutuamente se enganem": o que acontece "quando o vendedor vende a coisa por mais do que vale, e o comprador, por menos".

São Tomás responde distinguindo entre lei humana e lei divina. A primeira é feita para o povo, onde há muitas pessoas com pouca virtude: e se limita a proibir apenas aquilo que ameaça a vida social. No resto há comportamentos que, ao mesmo tempo, a lei não aprova e não pune. Acontece, pois, que o vendedor venda, sem fraude, por um preço maior que o devido, sem ser punido por isso. Mas quando houver excessos, por exemplo, "se alguém foi enganado em mais da metade do justo preço", a lei obriga a restituir.

Diferente, porém, é a lei divina que "não deixa impune nada do que é contra a virtude", pois considera uma atitude ilícita o fato de não observar a igualdade da justiça. Consequentemente, quem recebeu a mais está obrigado a recompensar quem ficou prejudicado. E aqui também São Tomás distingue entre um dano considerável e um preço que teve apenas "um pequeno acréscimo ou uma pequena diminuição". Só no primeiro caso a restituição é devida. Isso se explica pelo fato que "o justo preço das coisas não é rigorosamente determinado".

A segunda objeção começava expressando-se assim: "O que é comum a todos parece que é natural e que não é pecado". Para confirmar isso, citava um texto de S. Agostinho (*De Trinitate* XIII, 3) e um outro da Bíblia (*Provérbios* 20,14): em ambos apresentava-se a atitude do comprador que se gloriava por vender muito caro o que tinha comprado barato.

Ele responde completando a citação do texto de Agostinho, para quem esta atitude "sem dúvida nenhuma é um vício"; e cada um pode "alcançar a verdadeira justiça com a qual se resiste e se vence esta inclinação". E traz o exemplo de alguém que pagou um livro pelo preço justo, quando o vendedor, por ignorância, tinha solicitado um preço inferior.

Explica, logo em seguida, que "o comum a muitos" refere-se frequentemente àqueles "que trilham a larga estrada dos vícios". Neste caso "o desejo geral não é natural, mas vicioso".

Poder-se-ia, aqui, lembrar a frequente confusão entre o que é "comum" e o que é "normal": nem sempre, pois, o comportamento da maioria das pessoas está em sintonia coma ética e a justiça.

A terceira objeção citava um texto de Aristóteles (*Ética a Nicômaco* VIII, 13) para quem "na amizade por utilidade deve se dar uma compensação equivalente à utilidade auferida por quem recebeu o benefício". Mas tal compensação às vezes excede o valor da coisa dada. Por isso seria lícito, no contrato de compra e venda, dar uma coisa por preço maior do que ela vale.

Ele responde distinguindo duas situações: a da justiça comutativa e a da "amizade por utilidade". No primeiro caso, "considera-se principalmente a igualdade da coisa"; e no outro a utilidade auferida com isso.

Pode-se perceber que São Tomás faz questão de distinguir os diferentes casos e situações. Por isso mostra a diferença, na compra e na venda, entre a situação em que há

ou não há fraude. A fraude é sempre condenável: seja por uma motivação teológica, como ética.

E, quando não há fraude, considera-se a situação da compra e da venda quando "acidentalmente dela resulta a utilidade de um e o detrimento de outro": circunstância em torna-se lícito que a coisa seja vendida por mais do que vale.

E, na resposta às objeções, distingue entre lei humana e lei divina, sendo a primeira mais ampla do que a outra, que se limita a punir apenas o que ameaça a vida social. Mostra também que nem sempre o que é "comum" corresponde a um comportamento ético. E, por fim, aponta para a diferença entre a situação de quem vende na simples circunstância de uma comum compra e venda e aquela caracterizada pela "amizade por utilidade".

O segundo artigo questiona se a venda se torna injusta e ilícita por causa de um defeito da coisa vendida.

Na resposta, São Tomás distingue três situações que dizem respeito especificamente à coisa em si, à quantidade e à qualidade. No primeiro caso traz o exemplo de quem vende vinho misturado com água, citando o profeta Isaias (1,22). Trata-se aqui de uma ilícita venda fraudulenta, "pois o que é misturado tem um defeito específico".

Quanto à quantidade, ele afirma que "quem usa cientemente de uma medida deficiente, ao vender, comete fraude e a venda é ilícita". A confirmação disso ele cita o seguinte trecho do livro do Deuteronômio: "Não terás no teu saco diversos pesos, maior e menor" (25,13).

E, quanto à qualidade, traz o exemplo de quem vende um animal enfermo por são. Avalia esta atitude como uma fraude, quando o vendedor fizer isso cientemente.

Em todos estes casos, que considera como "pecado", existe a obrigação da restituição. Mas ele distingue a situação de quem se comportou dessa maneira cientemente, ou por ignorância. Neste último caso ele comete apenas uma "injustiça material" e o seu ato não pode ser considerado injusto. Mas "quando o souber, está obrigado a reparar o dano causado ao comprador".

O mesmo tipo de argumentação é aplicado, sucessivamente também para o comprador, seja do ponto de vista quantitativo, como qualitativo. O comprador também está obrigado a restituir", quando adquire em quantidade e em qualidade maior, pagando o preço inferior ao valor da coisa.

A primeira objeção fazia referência à possibilidade dos alquimistas vender metais simples como se fossem ouro, ou prata, pois serviriam para todas as utilidades humanas, como vasos e utensílios semelhantes: e nestes casos não haveria uma venda ilícita.

Mas ele, na resposta, especifica que o ouro e a prata não têm importância apenas pela utilidade, "mas também pela valia e pureza das suas substâncias". Explica, em seguida, que há certas utilidades do ouro e da prata verdadeiros que não se encontram no ouro falsificado pela alquimia. De fato "a ação do ouro verdadeiro dura mais e permanece mais longamente na sua pureza, do que o ouro falsificado". Mas, se um dia os alquimistas

conseguirem produzir ouro verdadeiro, poderão vendê-lo como tal de maneira lícita. Enquanto isso não acontece, a venda do ouro falsificado corresponde a uma injusta fraude.

A segunda objeção, referindo-se à quantidade, lembrava a diferença de medidas praticada em sociedades diferentes. Na resposta, São Tomás, por um lado reconhece esta diferença, mas explica que "as medidas das coisas venais hão de necessariamente variar com a diversidade dos lugares, por causa da diversidade da abundância e da carência das coisas". Compete, pois, à autoridade legitimamente constituída, "determinar as medidas justas das coisas venais, pesadas as circunstâncias de lugar e das coisas". Além disso, esta determinação pode ter como origem o costume de uma determinada sociedade.

A terceira objeção, referindo-se à qualidade, lembrava que um grande número de vendedores não têm capacidade suficiente para conhecer a qualidade das coisas. Ele, citando S. Agostinho (*De Civitate Dei*XI,16), afirma que "o preço das coisas venais não é considerado pelo grau de natureza, pois, às vezes, um cavalo é vendido mais caro que um escravo; mas, pela utilidade que oferecem ao homem". Consequentemente é suficiente que o vendedor ou o comprador conheçam aquelas qualidades que servem para o uso.

Também neste artigo São Tomás sempre faz questão de distinguir os diferentes casos e situações. Ele distingue três situações que dizem respeito especificamente à coisa em si, à quantidade e à qualidade. Além disso, considera quando tais comportamentos provêm de uma pessoa que faz isso conscientemente, ou por ignorância. Só no primeiro caso há o dever da restituição, quer dizer, quando houve "defeito da coisa vendida", ou pela coisa em si, ou pela quantidade, ou pela qualidade. E, na resposta às objeções, continua distinguindo entre os atuais alquimistas que vendem ouro falsificado, sem excluir que um dia eles possam produzir um metal com as mesmas características do ouro. Considera, em seguida, as diferenças das medidas entre sociedades diferentes; e, por fim, a situação dos vendedores e dos compradores que conhecem apenas a qualidade dos produtos que servem para o uso mais comum, apesar da maioria deles não possuir conhecimentos mais profundos sobre "a qualidade oculta das coisas" vendidas ou compradas.

O terceiro artigo questiona se o vendedor está obrigado a revelar o vício da coisa vendida.

Na resposta São Tomás, antes de tudo, lembra o seguinte princípio geral: é sempre ilícito expor os outros numa situação de perigo. Mas nem sempre é necessário dar uma ajuda ou um conselho indicando alguma vantagem, a não ser em casos específicos: por exemplo, quando alguém está entregue aos nossos cuidados.

A partir disso, ele aplica o princípio citado à situação do vendedor. Este provoca um dano ao comprador, se vender por um preço normal um produto defeituoso; e pode até provocar um perigo, quando o uso da coisa se torna nocivo: por exemplo, "se vendermos um cavalo manco por veloz, uma casa arruinada por sólida, ou um alimento corrupto ou venenoso por bom". Em tais casos trata-se de uma venda dolosa, que obriga o vendedor a reparar o dano.

Diferente, porém, é a situação em que o vício é manifesto, como quando aparece que um cavalo é cego de um dos olhos; ou se a coisa usada, apesar de não servir ao

vendedor, pode servir a outros; ou quando o comprador quer que se abaixe indevidamente o preço. Em tais casos "o vendedor pode licitamente calar o vício da coisa para evitar uma perda".

A primeira objeção afirmava que o comprador, não sendo obrigado a comprar, tem que assumir a responsabilidade de verificar a qualidade do produto, fazendo um exame diligente das condições do mesmo. Na resposta, São Tomás distingue entre a situação em que a qualidade inferior do produto é manifesta e a outra em que o vendedor oculta tais defeitos, impedindo ao comprador de avaliar devidamente tal produto. Para confirmar isso, ele cita a afirmação de Aristóteles (*Ética a Nicômaco* I,3), para quem "cada um julga o que conhece".

A segunda objeção considera uma loucura comportar-se de tal maneira que alguém prejudique as próprias ações. Neste sentido, se o vendedor revelasse os defeitos do produto não conseguiria vendê-lo.Na resposta São Tomás especifica que não se trata de apregoar os defeitos do produto, pois assim o vendedor não conseguiria vender e seriam ignoradas as qualidades e as vantagens do mesmo produto. Mas precisa revelar, ao mesmo tempo, as qualidades e os defeitos do produto para quem entende adquiri-lo, "pois, nada impede seja uma coisa viciosa por um lado e útil, por muitos outros".

A terceira objeção lembrava que "ninguém está obrigado a dar conselho a quem quer que seja...embora a ninguém deva dizer falsidades". Por isso o vendedor não estaria obrigado a revelar os vícios da coisa vendida. São Tomás responde afirmando que, embora não estejamos obrigados a dizer a verdade a todos, contudo esta obrigação existe quando praticamos um ato do qual resulte um perigo iminente, como nesta situação específica.

A quarta objeção lembra que, se o vendedor revelasse o vício do produto, o preço diminuiria. Mas acontece que, às vezes, o preço diminui também quando não há defeitos no produto: como, por exemplo, quando há muitos vendedores. Mas parece que o vendedor não esteja obrigado a revelar tal situação. São Tomás responde concordando no fato que o comprador não está obrigado a revelar o que poderia acontecer, por exemplo, na possibilidade de haver outros negociantes; mas, se o fizer e reduzisse o preço, "mostraria maior virtude".

Neste artigo São Tomás parte de um princípio geral para depois aplicá-lo a um caso particular: se nem sempre é necessário dar algum conselho, há casos específicos nos quais existe tal obrigação: por exemplo, quando o produto vendido pode provocar dano ou perigo. Daí o dever do vendedor de comunicar ao comprador o defeito daquele produto. Tal obrigação, porém, não existe na situação em que o vício é manifesto, ou quando o produto vendido pode servir; ou também quando houver abuso por parte do comprador. E, na resposta às objeções, continua distinguindo entre a situação em que a qualidade inferior do produto é manifesta e outra em que o vendedor oculta tais defeitos; como também, entre a não obrigação de revelar apenas os defeitos do produto e o dever de revelar, ao mesmo tempo, qualidades e defeitos: e isso, ainda mais, quando o produto vendido poderia prejudicar o comprador. Afirma, enfim, a não obrigação, por parte do comprador, de revelar circunstâncias, que poderiam levar a diminuir o preço do produto, apesar de reconhecer que tal atitude corresponderia a uma "maior virtude".

O quarto artigo questiona se é lícito, ao negociar um objeto, vendê-lo mais do que custou.

Na resposta São Tomás, antes de tudo, lembra ser própria dos comerciantes a troca das coisas.Mas aqui, ele, citando Aristóteles (*Política* I, 7-8), distingue entre duas espécies de troca: uma, natural e necessária, na qual a troca é realizada entre uma coisa e outra, ou entre uma coisa e o dinheiro, conforme as necessidades da vida. Os responsáveis disso são os chefes de família e os governantes, que devem prover a casa ou a cidade.

E a outra espécie de troca visa apenas o lucro e é típica dos comerciantes.

Ele, citando novamente o mesmo texto de Aristóteles, considera louvável a primeira espécie de troca, pois satisfaz as necessidades naturais. Mas condena a segunda que serve apenas "à cobiça do lucro, que não conhece limites". Mesmo assim, o lucro pode ser direcionado para um fim necessário e honesto: o que acontece quando se busca um "lucro moderado, empregando-o no sustento da casa ou mesmo em socorrer os necessitados"; ou quando se procura a pública utilidade para que não falte à pátria o que lhe necessita. Neste caso, busca-se o lucro não como fim, mas como paga do trabalho.

Na primeira objeção São Tomás cita um texto de S. João Crisóstomo (*Sobre Mateus*XXI, 12) e outro de Cassiodoro (*Exposição dos Salmos* LXX,15) para os quais o fato de vender uma coisa só para lucrar é comparável ao comportamento dos vendilhões expulsos do Templo por Jesus. Na resposta, ele especifica que o texto citado se aplica apenas para quem "tem como último fim o lucro". Mas, por exemplo, se o vendedor melhorou o produto, pode honestamente vendê-lo mais caro, pois ele trabalhou para esta melhoria.

Na segunda objeção afirmava-se ser um pecado contra a justiça "vender uma coisa mais cara ou comprá-la mais barata do que vale". Na resposta ele especifica que alguém poderia ter comprado um produto não para vendê-lo, mas para conservá-lo. Depois, porém, devido a alguma causa, vai vendê-lo a preço mais caro, ou por ter melhorado este produto, ou porque o preço mudou, devido à diversidade do lugar e do tempo, ou por precisar arcar com as despesas do transporte do mesmo produto. Nestes casos não é injusta nem a compra nem a venda

Na terceira objeção citava um texto de S. Jerônimo (*Epístola* LXX, *Ad Nepotianum*), para quem é preciso fugir, como de peste, do clérigo "que de pobre se tornou rico e de obscuro, orgulhoso".S. Tomás responde lembrando a vocação específica dos clérigos de dedicar-se "às coisas espirituais". E, caso eles se dediquem ao comércio, ficam como que amarrados "nos negócios seculares" e, consequentemente, retraídos "das coisas espirituais". Além disso, dedicando-se ao comércio, eles facilmente caem nos "vícios frequentes nos negociantes". A esse respeito cita o seguinte texto do livro do Eclesiástico (26,28): "Dificilmente um comerciante será isento de culpa". Mas é lícito aos clérigos "fazer a primeira espécie de troca, que se ordena às necessidades da vida, comprando ou vendendo".

Também neste artigo, no qual questiona se é lícito, ao negociar um objeto, vendê-lo mais do que custou, São Tomás sempre faz questão de distinguir os diferentes casos e situações. Ele distingue a troca, natural e necessária, conforme as necessidades da vida, e a outra espécie de troca que visa apenas o lucro: esta última é condenada diante do fato

que "a cobiça do lucro não conhece limites", conforme já tinha afirmado Aristóteles. E, continuando nas suas distinções, considera lícito vender mais caro, quando o vendedor melhorou o produto, ou teve despesas extra com o transporte, ou quando o preço mudou devido à diversidade do lugar e do tempo. Por fim, lembra a tentação do clérigo de dedicar-se ao comércio, esquecendo suas obrigações especificamente espirituais.

Ressalta-se a utilização da terminologia especificamente teológica, neste caso a referência ao "pecado", particularmente no primeiro artigo. Não se pode esquecer que o texto analisado se encontra numa "Suma Teológica". Na linguagem puramente filosófica usa-se a expressão de "falta ética": o que tem maior sentido na atual sociedade pluralista. Mesmo assim, independentemente de uma confessada fé religiosa, a busca do lucro como fim em si mesmo prejudica gravemente a convivência humana, que precisa de critérios baseados na justiça, inclusive nas atividades de compra e de venda. Além disso, a argumentação de São Tomás que, como teólogo cita a Bíblia e os Padres da Igreja, como Agostinho e Jerônimo, tem suas referências especificamente racionais, como quando cita Aristóteles.

3. Conceitos teológicos, éticos e jurídicos relacionados à fraude: pecado, avareza, boa fé, direito, justiça e responsabilidade jurídica

São Tomás de Aquino traz uma investigação interessante sobre a relação da fraude com o pecado. Este é tido como uma ofensa a Deus, mas na perspectiva de uma elaboração teológica da experiência antropológica. Em sua doutrina sobre os pecados capitais ou vícios capitais, o Aquinate repensa a experiência acumulada sobre o homem ao longo dos séculos. O filosofar do escolástico é voltado aqui para a experiência e para o fenômeno. É quando trata dos vícios que seu pensamento mais mergulha no concreto. Para conhecer o mal é necessário se voltar para os modos concretos em que ele ocorre. A doutrina dos vícios capitais é fruto de um empenho de organizar a experiência antropológica, cujas origens remontam a João Cassiano e Gregório Magno, os quais têm em comum a volta para a realidade concreta. No entanto, na enumeração de São Tomás de Aquino, os vícios capitais diferem um pouco da doutrina daqueles dois. Na listagem do escolástico, os vícios capitais são vaidade, avareza, inveja, ira, luxúria, gula e acídia (AQUINO, 2004, p. 65-66). É na avareza que agora se concentrará atenção.

A palavra avareza, segundo a significação originária, está relacionada a uma desordenada ambição pelo dinheiro. Lembrando Isidoro de Sevilha, São Tomás de Aquino retoma o termo "avarus" como o que é "avidus aeris", isto é, " ávido de dinheiro", em consonância com a palavra grega "filargiria", vale dizer," amor à prata". Obviamente, por extensão, a avareza é tomada também como desordenada cobiça por quaisquer bens e, nesse sentido, é um vício genérico pelo qual se deseja alguma coisa mais do que aquilo que é o devido. Assim, seja dinheiro ou qualquer bem ou coisa, não importa se a avareza é específica ou genérica, pois o que a define é um afã desordenado de ter e esse ter desordenado pode ser entendido em sentido específico (dinheiro) ou genérico (qualquer bem ou coisa).

Não deixa de ser notável que, alinhando-se à doutrina de Gregório Magno, São Tomás de Aquino relembra que a fraude é "filha da avareza." (AQUINO,2004, p. 102). Trata-se de uma dimensão teológico-moral da avareza e, por conseguinte, de uma de suas manifestações concretas nas relações humanas, a própria fraude, sua "descendente" direta, enquanto um ato de engano do outro. Mas, daqui se pode estabelecer uma relação bem próxima com o universo da responsabilidade. Lembra Maria Helena Diniz que a responsabilidade moral, proveniente da transgressão da norma moral, repousa na seara da consciência individual, de maneira que o ofensor se sinta moralmente responsável perante Deus ou perante sua própria consciência, conforme seja ou não um homem de fé (DINIZ, 2014, p. 39-40).

Sabe-se que há um princípio moral, absorvido pelo mundo jurídico, de que a boa-fé deve reger as relações humanas e sociais. Miguel Reale preleciona que a boa-fé não é apenas um imperativo ético abstrato, mas também uma norma que condiciona e legitima toda a experiência jurídica, desde a interpretação dos mandamentos legais e das cláusulas contratuais até as últimas consequências, constituindo-se em algo essencial à juridicidade do pactuado (REALE, 2003, p. 77). A doutrina jurídica traz as principais funções diretivas da boa-fé, todas baseadas nas ideias de honestidade e lealdade. Ela tem função integrativa, no sentido de que está presente em qualquer relação obrigacional para proteger a relação entre os participantes de forma a lhes impor mútuos direitos e deveres. Ela tem função interpretativa, já que possibilita a análise das condutas dos participantes da relação, conforme padrões morais exigidos. Ela tem função corretiva ou de controle de eventuais desequilíbrios que vierem a surgir na relação com o fim de manter o equilíbrio obrigacional. Ela tem função limitativa de direitos subjetivos, de modo que não haja abuso de direitos. E ela tem função supletiva, a fim de que se assegure o melhor cumprimento do pactuado; e, obviamente, a fraude é um ato que "fere de morte" esse princípio básico da indispensável confiança mútua nas relações humanas e sociais.

Por certo, São Tomás de Aquino também tem a clara noção de que a avareza não fica apenas no plano do pecado ou vício capital, porque segue a filosofia aristotélica para reconhecer que ela é, obviamente, uma oposição à própria justiça (AQUINO, 2004, p. 101). Mas, é preciso lembrar que, na visão tomasiana, há uma intrínseca relação entre direito e justiça. São Tomás de Aquino abre o estudo da virtude da justiça perguntando pelo objeto próprio dela. As duas características atribuídas ao que se chama justo ou direito são alteridade e igualdade. A primeira significa que os atos postos por esta virtude têm por destinatário o outro. A segunda exige realizar exatamente o que prescreve a norma externa ao agente e ao outro. Esta dupla diferença faz do direito um objeto bem específico. Não é à toa que São Tomás se posiciona, com meridiana clareza, que o objeto da justiça, à diferença das demais virtudes cardeais (prudência, fortaleza e temperança), é o objeto específico do que se chama o justo e, por certo, este é o direito; logo, é manifesto que o direito é objeto da justiça (RAMPAZZO; MACIEL NAHUR, 2015, p. 34). Não se pode esquecer que a justiça e o justo interessam ao estudo do direito; mais ainda, o direito interessa ao estudo da justiça e do justo. Há uma evidente conexão entre eles e o direito busca estabelecer de maneira satisfatória a justiça e o justo (BIITTAR; ALMEIDA, 2012, p. 259). Não é por outra razão que, se a fraude fere a justiça, por

consequência, ela também é contrária ao que é justo, ao direito, porque com um ato fraudulento não se dá ao outro o que lhe é devido e com ela se viola a igualdade na contraprestação, isto é, o fraudador recebe mais do que se deve a ele e o fraudado entrega mais do que devia.

É bem aqui que se vislumbra a violação da justiça particular. São Tomás de Aquino lembra que qualquer parte pode ser considerada em uma dupla relação e, uma delas, a de parte a parte, é a que corresponde à ordem de uma pessoa em relação à outra, de modo que a esta ordem corresponde à justiça comutativa (AQUINO, 1980, p. 2560). Trata-se de uma espécie de justiça reguladora das trocas que mutuamente ocorrem entre as pessoas. Ela é uma justiça corretiva, aplicável às transações entre os pactuantes. Cuida-se de um tipo de justo apto a produzir a reparação nas relações sinalagmáticas, ou bilaterais, quando elas são violadas. Ele busca estabelecer a igualdade nas relações bilaterais voluntárias e involuntárias. Obviamente, a fraude na compra venda fere as relações baseadas nos atos voluntários entre as pessoas, o que exige uma justa correção particular. Esse justo corretivo particular está ligado à ideia de igualdade perfeita ou absoluta. A aritmética permite a ponderação entre a perda e o ganho, assegurando o restabelecimento das partes, com objetividade, à posição inicial em que se encontravam. O justo corretivo particular é exercido por meio do retorno às partes ao "status quo ante". E aqui o direito naturale positivo se aproximam para ajudar a resolver essa questão concreta de restabelecer a situação tal como era antes do malogro. Para São Tomás de Aquino, o direito natural envolve uma mensuração produzida pela própria natureza e todos os homens a percebem de imediato. E o direito positivo é a reprodução social do natural, mas para conseguir que a intrincada rede de relações humanas, inclusive as privadas, repletas de minúcias, encarne a elementar equação que postula o justo natural, a saber: que cada um receba justo tanto quanto dá. É bem aqui que se vislumbra a fraude como um ato contrário ao direito natural e positivo, na medida em que lesa a justa bilateralidade exigida para todos os atos voluntários que geram obrigações recíprocas, tal como ocorre, por exemplo, na compra e venda. A justa bilateralidade fica totalmente descompensada com a prática fraudulenta. Não é por outra razão que o direito positivo, especificamente, reconhece a fraude como um vício que macula a licitude dos atos jurídicos. Ela introduz um ato ilícito na ordem jurídica e por isso exige a responsabilização por essa prática viciada. Além disso, como é próprio de sua função, o direito positivo detalha como se dá a responsabilidade jurídica de quem pratica o ato fraudulento. Essa responsabilidade jurídica tem duas vertentes: a civil e a criminal.

A responsabilidade civil, por ser repercussão do dano privado, tem por causa geradora o interesse em restabelecer o equilíbrio jurídico alterado pela lesão, de maneira que o lesado poderá postular reparação do prejuízo causado, traduzida na recomposição do "status quo ante." (DINIZ, 2014, p. 40-41). E, como é próprio do direito positivo civil oferecer detalhamentos de regras, na compra e venda, podem ser mencionados alguns casos de ato fraudulento que geram essa responsabilidade: vícios redibitórios, evicção, alienação por defeito oculto, por riscos e despesas, por venda de coisa mediante amostra que não foi entregue nas condições prometidas, por prejuízos decorrentes de erro nas

dimensões do imóvel vendido, se a venda foi "ad mensuram", por dívida fiscal anterior do imóvel e em relação a menores envolvidos na transação (DINIZ, 2014, p. 391).

A responsabilidade criminal decorre da violação de uma norma penal, exigindo a investigação da culpabilidade do agente para restabelecer o equilíbrio social, ou seja, a antissociabilidade de sua conduta lesiva, para a incidência da devida punição. Há pelo menos quatro missões desse direito positivo penal: a de reforço dos valores ético-sociais de atitude interna, a de confirmação do reconhecimento normativo, a de defesa de bens jurídicos e a de controle social do intolerável. A primeira busca acatamento da norma penal, enquanto castiga a inobservância do agente manifestada através de condutas desleais, de rebeldia, indignas, fraudulentas (WELZEL, 1997, p. 2). A segunda se traduz na manutenção da norma penal como modelo de orientação para os contatos sociais e, assim, confirmar o reconhecimento normativo (JAKOBS, 1997, p. 14). A terceira diz respeito à necessidade de se assegurar uma mínima tutela punitiva para aqueles que violam bens materiais (corpóreos) ou imateriais (incorpóreos) que importam nas relações humanas e sociais (BUSATO, 2013, p. 14-15). E a quarta refere-se à necessidade de intervenção penal para coibir certos comportamentos que afetam a convivência de maneira tão intensa que a tornariam insuportável, se não fossem reprimidos (JESCHECK; WEIGAND, 2002, p. 2).

Todas essas teorias da missão do direito positivo penal, de alguma maneira, justificam o porquê do chamado crime de estelionato merecer a devida sanção criminal. Ele envolve pelo menos quatro elementos: a fraude, o erro, a vantagem indevida e o prejuízo alheio. O primeiro diz respeito ao artifício ou ardil empregado pela agente. O segundo diz respeito ao ato de induzir ou manter terceiros em erro, não lhe possibilitando ter noção perfeita da realidade. O terceiro traz para o agente um benefício que não poderia ter obtido por ser desonesto. E o quarto acarreta para o vitimado um dano absolutamente inadequado.

Obviamente, o estelionato é um delito patrimonial, causando o enriquecimento ilícito do estelionatário (fraudador) e o desfalque patrimonial indevido ao enganado (fraudado). E não de hoje que o estelionato é crime punível. No Código de Hamurabi, da antiga Babilônia, e no Código de Manu, da antiga Índia, o estelionato tinha o nome de "fraude". No direito romano, "stellionatus", do substantivo "stellio", "onis", era o nome de um lagarto que mudava de cores conforme a coloração do ambiente que o rodeava. Assim, com essa camuflagem, o agente procurava despojar a vítima de seu patrimônio de maneira sutil, valendo-se de astúcia, esperteza, engodo. É por isso que a fraude é, essencialmente, a lesão patrimonial realizada por meio de malicioso engano. Assim, todo aquele que, com o fim de obter vantagem, provoca um prejuízo aos bens alheios, seja alegando fatos falsos, ou suprimindo fatos verdadeiros, é culpado de fraude (LISZT, 1999, p. 235). Fraude essa que é base constitutiva do estelionato.

Conclusão

Antes do estudo da questão da *Suma* sobre a "Fraude na Compra e na venda",foi apresentado todo o esquema da Suma Teológica para uma melhor compreensão do tema

tratado. Viu-se que a Suma trata de Deus (Iª Parte), do Homem (IIª Parte) e de Cristo (IIIª Parte). A Segunda Parte, que é especificamente moral, por sua vez, está subdividida em mais duas seções: a primeira seção da Secunda (I-II)e a secunda seção da Secunda (II-II). Na primeira (I-II), analisam-se os temas do fim último, dos atos humanos, das paixões, das virtudes, dos vícios e dos pecados, da lei e da graça. E, na segunda (II-II), estudam-se as virtudes teologais (fé, esperança e caridade) e mais de cinquenta virtudes morais, organizadas em torno das quatro virtudes cardeais: prudência, justiça, fortaleza e temperança.

Percebeu-se, nesse esquema, o espaço considerável que a Suma reserva para tratar do tema da "Justiça", especialmente se comparado ao das outras virtudes:analisam-se mais questões sobre a justiça, 66 no total, do que sobre as outras três virtudes cardeais, que somam juntas 58 questões.

A questão do Direito está inserida na temática mais ampla da Justiça; ou, em outros termos, o Direito é considerado como que uma expressão da Justiça.

Todo esse esquema reflete a visão filosófica de São Tomás, especialmente aquela que se refere às relações entre razão e fé, natureza e graça: razão e fé se integram e dialogam; e a graça não destrói a natureza, mas a pressupõe. Por isso, na mesma obra, são consideradas seja as virtudes teologais, específicas da fé cristã, como as virtudes cardeais, tipicamente humanas e já consideradas na filosofia grega da antiguidade.

A reflexão filosófica de São Tomás, nesta área, acaba apresentando-se como o exemplo um possível diálogo, com base em argumentos racionais, sobre o sempre debatido tema da Justiça.

Passou-se, em seguida a analisar quatro artigos da questão 77 da Suma (II-II), que leva por título "A fraude na compra e na venda": a venda injusta quanto ao preço (art. I); a venda injusta e ilícita por causa de um defeito da coisa vendida (art. II); a eventual obrigação do vendedor a revelar o vício da coisa vendida (art. III); e se é lícito, ao negociar um objeto, vendê-lo mais do que custou.

Na resposta ao questionamento do primeiro artigo São Tomás faz questão de distinguir os diferentes casos e situações. Por isso mostra a diferença, na compra e na venda, entre a situação em que há ou não há fraude. A fraude é sempre condenável: seja por uma motivação teológica, como ética. E não há fraude, quando "acidentalmente dela resulta a utilidade de um e o detrimento de outro": circunstância em torna-se lícito que a coisa seja vendida por mais do que vale.

Quanto ao questionamento do segundo artigo, São Tomás distingue três situações que dizem respeito especificamente à coisa em si, à quantidade e à qualidade. Além disso, considera quando tais comportamentos provêm de uma pessoa que faz isso conscientemente, ou por ignorância. Só no primeiro caso há o dever da restituição, quer dizer, quando houve "defeito da coisa vendida", ou pela coisa em si, ou pela quantidade, ou pela qualidade.

A respeito do terceiro artigo, São Tomás lembra que, se nem sempre é necessário dar algum conselho, há casos específicos nos quais existe tal obrigação: por exemplo, quando o produto vendido pode provocar dano ou perigo. Daí o dever do vendedor de comunicar ao comprador o defeito daquele produto. Tal obrigação, porém, não existe na

situação em que o vício é manifesto, ou quando o produto vendido pode servir; ou também quando houver abuso por parte do comprador.

E no quarto artigo, São Tomás distingue a troca, natural e necessária, conforme as necessidades da vida, e a outra espécie de troca que visa apenas o lucro: esta última é condenada diante do fato que "a cobiça do lucro não conhece limites". E, continuando nas suas distinções, considera lícito vender mais caro, quando o vendedor melhorou o produto, ou teve despesas extra com o transporte, ou quando o preço mudou devido à diversidade do lugar e do tempo.

Além de analisar o texto da Suma, procurou-se apontar para os conceitos éticos e jurídicos relacionados à fraude: pecado, avareza, boa fé, direito, justiça, responsabilidade moral e jurídica.

Os conceitos teológicos se referem ao de pecado e, especificamente, de pecados capitais, neste caso a avareza, relacionados com a fraude.

Quanto aos conceitos éticos, apontou-se para a responsabilidade moral e para a boa-fé que devem reger as relações humanas e sociais. E a doutrina jurídica traz as principais funções diretivas da boa-fé, todas baseadas nas ideias de honestidade e lealdade: integrativa, interpretativa, corretiva, limitativa e supletiva. Tudo isso aponta para a estrita relação entre direito e justiça, típica da visão tomasiana, com as consequentes características da alteridade e da igualdade. Aqui o direito natural e positivo se aproximam para ajudar a resolver essa questão concreta de restabelecer a situação tal como era antes do malogro. Para São Tomás de Aquino, o direito natural envolve uma mensuração produzida pela própria natureza e todos os homens a percebem de imediato. E o direito positivo é a reprodução social do natural, mas para conseguir que a intrincada rede de relações humanas, inclusive as privadas, repletas de minúcias, encarne a elementar equação que postula o justo natural, a saber: que cada um receba justo tanto quanto dá. A justa bilateralidade fica totalmente descompensada com a prática fraudulenta.Não é por outra razão que o direito positivo, especificamente, reconhece a fraude como um vício que macula a licitude dos atos jurídicos. Ela introduz um ato ilícito na ordem jurídica e por isso exige a responsabilização por essa prática viciada, na vertente civil e criminal.

Enfim, a virtude da justiça marcou toda a reflexão ético-jurídica da civilização ocidental e se tornou um tema emblemático, inclusive no campo do direito, ao qual confere um especial significado: e a análise do pensamento deste autor clássico até hoje indica caminhos a serem trilhados para que a justiça seja vivenciada e a injustiça seja evitada, particularmente no importante e delicado papel de quem é chamado a praticar a justiça na compra e na venda, nesta época atual em que as “trocas” assumem novas e, até poucos tempo atrás, inimagináveis modalidades.

Referências

AQUINO, São Tomás. *Suma Teológica*. Tradução de Alexandre Corrêa. 2. ed. Porto Alegre: Escola Superior de Teologia São Lourenço de Brindes, Livraria Sulina Editora; Caxias do Sul: Universidade de Caxias do Sul, 1980. v. V.

_____. *Sobre o ensino, os sete pecados capitais*.Trad. de Luiz Jean Lauand. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

BITTAR, Eduardo C. B. *Cursode Ética Jurídica*: ética geral e profissional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de Filosofia doDireito*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

BUSATO, Paulo César. *DireitoPenal*: parte geral. São Paulo: Atlas, 2013.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.

COMTE-SPONVILLE, André. *Pequeno Tratado de Grandes Virtudes*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

CORTES, Guido Pinheiro. Relações com o cliente: In: FERRAZ, Machado (Coord.). *Ética na advocacia*: estudos diversos. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 35-63.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*: responsabilidade civil. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 7.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*. Traucción de Perfecto Ibáñez et el. Madrid: Trotta, 1995.

GOLDSCHMIDT, James. *Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal*. Barcelona: Bosch, 1935.

JAKOBS, Günther. *Derecho Penal*. Parte General. Fundamentos e teoria de la imputación. Trad. de Joaquin Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. 2.ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.

JESCHECK, Hans Heinrich; WEIGAND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal*. Parte General. Trad. de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Comares, 2002.

LISZT, Franz Von. *Tratado de Derecho Penal*. Trad. de Luiz Jimenes de Asúa. 4 ed. Madrid: Editorial Reus, 1999. v. 3.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História*: lições introdutórias. São Paulo: Mas Limonad, 2000. 487 p.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução crítica ao Processo Penal*: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MACINTYRE, Alasdair. *Justiça de quem? Qual racionalidade?* Tradução de Marcelo Pimenta Marques. São Paulo: Loyola, 1991.

MONDIN, Battista. *Curso de Filosofia*. Tradução de Benôni Lemos. 11. ed. São Paulo: Paulus, 2003. v. 1.

NASCIMENTO, Carlos Arthur Ribeiro do. *Um mestre no ofício*: Tomás de Aquino. São Paulo: Paulus 2011.

_____. *Santo Tomás de Aquino:* o Boi Mudo da Sicília. São Paulo: Educ, 1992.

PERONE, Ugo e Annamaria; FERRETTI, Giovanni; CIANCIO, Claudio. *Storia del pensiero filosofico*. Torino: SEI, 1975. v. 1.

PIEPER, Joseph. *Las virtudes fundamentales*. Traduçaõ de Calos Mleches. Madrid; Ediciones Rial AS, 1976.

PITTA, José Pereira de Paiva. *A Ignorância ou Erro de Direito*. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1871.

RAMPAZZO, Lino; MACIEL NAHUR, Marcius Tadeu. Princípios jurídicos e éticos em São Tomás de Aquino. São Paulo: Paulus, 2015.

REALE, Miguel. *Estudos Preliminares do Código Civil***.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 77.

TOMMASO, D'Aquino (San). *La Somma Teologica*. Bologna: Studio Domenicano, 1996. 6 v.

TORREL, Jean-Pierre.*LaSummadi San Tommaso*. Traduzione di Patrizia Conforti. Milano: Jaca Books, 2003.

VILLEY, Michel. *O Direito e os Direitos Humanos*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *Filosofia do Direito:* definição e fins do direito. Tradução de Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal*.Parte General.. Trad. de Juan Bustos Ramirez e Sérgio Yáñez Pérez. 11 ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 199

CAPÍTULO VI

O PERDÃO EM JAQUES DERRIDA E PAUL RICOEUR: UMA ANÁLISE DO LIVRO HORIZONTES DO PERDÃO

FORGIVENESS IN JACQUES DERRIDA AND PAUL RICOEUR: AN ANALYSIS OF THE HORIZONS BOOK OF FORGIVENESS

Nayara Maria Silvério da Costa Dallefi[69].
Ana Cristina Lemos Roque[70]

RESUMO: O presente artigo aborda o trabalho apresentado por Luci Buff em sua tese de Doutorado no ano de 2007, e publicada em 2009, trazendo como parâmetro o pensamento de dois filósofos Paul Ricoeur e Jacques Derrida abordando ainda a reflexão a cerca do perdão como ponto de partida. O tema explorado pela autora gira em torno da Comissão Verdade e Reconciliação, onde ambos os filósofos encontravam-se envolvidos com a questão do *apartheid* na África do Sul e com a reflexão acadêmica sobre sua problemática e efeitos.A autora discorre sobre a justiça restaurativa, ferramenta utilizada na CVR, e seu contexto simbólico, tratando as distinções entre anistia e perdão e sua difícil realização.

PALAVRAS-CHAVES: Perdão, anistia, expiação, justiça restaurativa.

ABSTRACT: This article discusses the work presented by Luci Buff in his doctoral thesis in 2007, and published in 2009, bringing as parameter the thought of two philosophers Paul Ricoeur and Jacques Derrida still addressing reflection about forgiveness as a starting point The theme explored by the author revolves around the Truth and Reconciliation Commission,

[69]Mestre em Direito, no Programa de Estudo Pós Graduado em Direito, do Centro Universitário Eurípedes de Marília – UNIVEM, Pós-graduada na área do Direito pela Universidade Estadual de Londrina-UEL (2012); Bacharel em Direito pelas Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, em Presidente Prudente-SP (2009). Atualmente é advogada militante e professora universitária na UNIESP de Presidente Prudente-SP. Tem experiência na área do Direito, com ênfase em Direito Civil, Direito Previdenciário e Processual Civil. Coordenadora da Comissão da Assistência Judiciária de Presidente Prudente-SP (2º mandato), Membra da Comissão da Mulher Advogada e do Jovem Advogado, também na cidade de Presidente Prudente-SP. E-mail: naydallefi@hotmail.com / nayaradallefi@adv.oabsp.org.br .

[70] Mestranda em Teoria Geral do Direito e do Estado no "Centro Universitário Eurípedes de Marília – Univem (2015). Bolsista Capes/Prosup. Especialista na área de concentração Direito Empresarial e Tributário pelo Centro Universitário Rio Preto – Unirp, Cadastrada como Pesquisadora no Grupo de Pesquisa Relações Institucionais: Todos os lados do Art.2 da CF – Advogada e Professora na Comarca de São José do Rio Preto-SP, atuando nas áreas de Penal e Constitucional. Endereço eletrônico: anacristina-lemos@bol.com.br .

where both philosophers found themselves involved with the issue of apartheid in South Africa and with the academic reflection on their problems and effects. The author talks about restorative justice, a tool used in the CVR and its symbolic context, addressing the distinctions between amnesty and forgiveness and its difficult realization.

KEYWORDS: Forgiveness, amnesty, atonement, restorative justice.

1. INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado por Luci Buff , em sua tese de Doutorado no ano de 2007, traz como parâmetro o pensamento de dois filósofos Paul Ricoeur e Jacques Derrida e abordada a reflexão a cerca do perdão como ponto de partida. O tema explorado pela autora gira em torno da Comissão Verdade e Reconciliação, onde ambos os filósofos encontravam-se envolvidos com a questão do *apartheid* na África do Sul e como bem pontuado pela autora com a reflexão acadêmica sobre sua problemática e efeitos. A Autora ainda aborda o perdão em seus diversos contextos, ou seja, em seus diversos horizontes, o religioso, o moral, o jurídico e o social. Ainda no campo do perdão a prestigiada autora aborda de forma profunda a temática em sua forma mais delicada a religiosa, pronunciando através de diversos autores como Kant em sua obra *Metafísica dos Costumes*, Agostinho e Hanna Arendt, tratando de forma brilhante o pensamento da autora no tocante ao perdão a aceitação e a redenção.

A simbólica do mal, a expiação pelo sofrimento e o pecado são também temas abordados pela autora em sua tese, tratados de forma delicada buscando sempre através do pensamento de Ricoeur e Derrida nos apresentar e estabelecer parâmetros na busca do perdão. O capítulo cinco trata dos textos de Derrida selecionados, para pensar a problemática do perdão nas tonalidades do autor, que consagra seu discurso a essa questão teórica no campo do saber e, ao mesmo tempo, dá um testemunho histórico-filosófico enquanto procura entender a questão do perdão na história da África do Sul *pós-apartheid*. No sexto capítulo a autora discorre sobre a justiça restaurativa utilizado na CVR, e seu contexto simbólico, tratando as distinções entre anistia e perdão. Apesar de o perdão não depender totalmente do direito, ele encontra no direito, e mais especificamente no julgamento, a sua possibilidade de concretização no mundo humano. No contexto da justiça restaurativa a vítima ocupa o centro do processo, com voz ativa, o infrator, por sua vez, é visto no seu potencial de responsabilizar-se por seus danos e também participa ativamente, interagindo com a vítima e a comunidade.

A justiça restaurativa compreende um esforço na "conciliação" entre as partes: vítima e agressor são postos em diálogo, e tem através de seus testemunhos, a possibilidade de tendo em vista a irreversibilidade dos fatos e pensar em meios de restaurar as consequências do

dano, onde os demais membros da sociedade, afetados pelo crime como sujeitos centrais, também têm a possibilidade de participar da busca por soluções restaurativas.

2. O PERDÃO NA LEI

A temática principal abordada no trabalho de Luci Buff é o perdão e o seu espírito aplicado na lei. O trabalho insere o perdão tanto no campo das obrigações de direito civil, quanto no campo do direito penal, trata da dívida e do crime da lógica e da justiça através da aplicação da sanção, ou seja, da pena.

A Autora traça um parâmetro entre crime e castigo, distribuição de bens e de justiça, entre perdão e dívida. O direito é encarado através da ótica da ética ampliando dessa forma a visão do leitor e sua forma de encarar o ilícito seja ele penal ou civil.

Em um segundo momento a autora irá analisar a compreensão do mal mediante os símbolos tendo em vista que a inscrição simbólica do mal de origem aponta o homem como autor e instituidor do próprio mal.

No direito penal vamos encontrar a figura do perdão, onde através desse instituto penal é dado ao juiz em nome do Estado, o poder discricionário de renunciar, em hipóteses limitadamente enumeradas pela lei, ao direito de punir, deixando por isso de aplicar a pena ao autor de um crime, o que implica na extinção da punibilidade.

A política criminal, ou seja, a justiça restaurativa, o cristianismo e ainda a diminuta culpabilidade que fundamentam o instituto do perdão e suas principais funções são a de racionalização e adequação da reprimenda, ou seja, é tratado em conformidade com a proporcionalidade e a individualização da pena.

O perdão judicial é dessa forma, o instituto pelo qual deixa-se de aplicar a pena ao autor do fato criminoso. O presente instituto jurídico busca evitar um mal injusto, desnecessário, em determinado contexto até excessivo. O perdão judicial pressupõe a existência de um fato punível, onde sua aplicação exime de pena o autor desse fato. A conduta praticada pelo autor é considerada crime, no entanto, seu autor fica desobrigado da pena correspondente.

O perdão no direito penal está em sua maioria, ligado a outro tipo de punição, a da própria natureza, recebendo com isso, uma reeducação pela vivência própria do mal que causou.

Kant, em sua obra Metafísica dos Costumes, desenvolveu uma das mais conhecidas e influentes concepções absolutas da pena, partindo de uma fundamentação ética, Kant afirmava que a pena é retribuição à culpabilidade do sujeito, o que pressupõe liberdade de vontade ou livre-arbítrio. O autor do delito, ao usar sua liberdade de vontade, se torna merecedor da pena. Esta, ou seja, a pena representaria uma retribuição ou ainda uma compensação pelo mau uso do livre arbítrio e não desempenharia nenhuma missão social. Para Kant a transgressão da lei moral é algo digno de pena.

A pena, na visão Kantiana, representa uma retribuição ética que se justifica pelo valor moral contido na lei que o sujeito culpável viola. A norma penal é tomada como um "Imperativo Categórico", uma exigência incondicionada de justiça, que não se reveste de qualquer conotação utilitária.A pena sob o contexto Kantiano é uma necessidade para a restauração da ordem jurídica violada, o retribucionismo Kantiano via como justa a pena que correspondesse,

em gravidade, à ofensa do delito; aquela que produzisse um mal sensível igual ao causado pelo crime.

Em se tratando das relações de cunho privado, o perdão no Direito das obrigações, é uma forma de extinção da obrigação pela qual o credor perdoa a dívida do devedor, não pretendendo mais exigi-la. Dá-se entre dois sujeitos obrigados, ou seja, *inter partes*, não sendo admitido que um terceiro seja prejudicado pela ação de remissão.

Remissão é, portanto, o perdão de ônus ou dívida, ou seja, é a liberdade efetuada pelo credor, com o intuito de exonerar o devedor do cumprimento da obrigação. O Código Civil estabelece em seu artigo 385 que a remissão da dívida, aceita pelo devedor, extingue a obrigação, mas sem prejuízo de terceiro. Por outro lado, a devolução voluntária do título da obrigação, quando por escrito particular, prova desoneração do seu devedor e coobrigados, se o credor for capaz de alienar, e o devedor capaz de adquirir, é o que preceitua o art. 386 do Código Civil.

A lei ao exigir a necessidade de aceitação do devedor para que se consolide a remissão, está também o protegendo de eventuais problemas morais. O perdão da dívida, embora beneficie o devedor, poderá lhe provocar constrangimentos, e mais, poderá ser usado posteriormente pelo credor para lhe provocar situações de vexame. Em algumas circunstâncias é menos maléfico ao devedor passar por dificuldades econômicas, se comparado com os constrangimentos que poderão advir da remissão.

O Estado pode julgar, mas o perdão não tem relação com o julgamento, nem mesmo com o espaço público ou político. Mesmo se fosse "justo", o perdão não teria nada a ver com a justiça judiciária, com o Direito. O perdão é muitas vezes confundido com outros conceitos, como o de anistia e o de prescrição. Lembre-se de que os crimes contra a humanidade não admitem anistia. A palavra "anistia", como "amnésia", deriva do grego *amnestia*, que significa esquecimento. Alguns entendem que, no campo político-jurídico, seu significado vai além do esquecimento, denota que o governo pretende apagar o crime e não simplesmente esquecê-lo. A anistia é considerada um "perdão político". Sendo, desse modo, o conceito mais próximo do perdão.

Nesse ponto, a autora termina seu percurso evocando a Declaração dos Direitos do Homem e as atrocidades cometidas no regime apartheid e no genocídio do holocausto. Segundo ela, "o Direito visa a harmonia social por meio da realização da justiça (2009,p.49)".

3. SENTIDOS DE PERDOAR

Aqui a temática abordada pela autora trata da redenção no plano simbólico e teológico cristão. Sob essa ótica o mal será abordado através da compreensão da realidade humana. Assim para Ricoeur em qualquer hipótese, a humanidade do homem é o espaço em que se manifesta o mal.

Ricoeur se baseou nos mitos platônicos para dizer que a situação do homem é frágil, e que há uma nebulosa produzida pela miséria humana que dá origem ao mal no homem, e isto já vem sendo vislumbrado pelos escritos platônicos. Assim a miséria é uma ferida originária do ser humano, dada pela sua visão interna.

Podemos assim concluir que, a partir da ideia de desproporção, estabelece-se a ideia de finitude ou limitação humana, o que para Ricoeur é "sinônimo de falibilidade". A partir disso, Ricoeur diz que o mal entrou no mundo com o homem por ser ele uma realidade que apresenta uma constituição ontológica instável de ser, maior e menor que ele mesmo.

Prosseguindo, segundo a autora para Ricoeur, toda a simbologia existente na linguagem é produto da função imaginativa, que se desenvolve ela própria também fecundada pela linguagem, e por isso é capaz de converter-se numa atitude humana ética perante o mundo.

O símbolo reclama interpretação, e esta enriquece, esclarece e lança luzes à compreensão humana. Nesse sentido, a autora irá buscar transmitir através do pensamento de Ricoeur, uma riqueza de significados, é o pensamento a partir do símbolo que, constitui a etapa propriamente filosófica.

Podemos ainda racionalizar seguindo o pensamento da autora que as religiões foram ás grandes veiculadoras das diversas compreensões do mal. Trazendo diversas faces, o mal se apresentou como pecado, culpabilidade, segundo o mito adâmico mitológico da criação, da tragédia, da queda e da alma desgarrada e por fim, com traços mais especulativos do mal original e do mal radical. O mal sempre esteve presente na história da humanidade, revestido de formas diferentes dependendo da cultura e da época.

Ao tratarmos da temática do pecado estaremos inseridos na seara religiosa e não ética ou moral, trata-se de um rompimento de um relacionamento, não a uma norma. É uma quebra da aliança efetuada entre o homem e Deus. Assim a realidade do pecado é religiosa e não moral. O mal seria assim tão antigo quanto á criação.

A Autora finaliza nos remetendo a figura da aliança de Deus com o homem através da parábola do dilúvio, onde ao homem é dado um recomeço purificado e livre, cabendo a figura do perdão de Deus através da renovação da fé.

4. RICOEUR E OS REGISTROS FILOSÓFICO E TEOLÓGICO

A autora trabalha os dois registros de reflexão de Ricoeur, o filosófico e o religioso. Hanna Arendt e seu pensamento sobre liberdade, amor e ética é utilizado como referencial no

presente capítulo. A Autora busca suas reflexões á partir da temática do ser humano e de suas ações. A temática do perdão traçada através do pensamento de Ricoeur demonstra como é difícil e delicado o campo do perdão.

> A redenção possível para a vicissitude da irreversibilidade – da incapacidade de se desfazer o que se fez, embora não se soubesse e nem se pudesse saber o que se fazia – é a faculdade de perdoar. O remédio para a imprevsibilidade, para a caótica incerteza do futuro, está contido na faculdade de prometer e cumprir promessas (ARENDT, 2011,p.295)

E ainda segundo a autora:

> "Se não fôssemos perdoados, liberados das consequências daquilo que fizemos, nossa capacidade de agir ficaria, por assim dizer, limitada a um único ato do qual jamais nos recuperaríamos; seriamos sempre vítimas de suas consequências, à semelhança do aprendiz de feiticeiro que não dispunha da fórmula mágica para desfazer o feitiço (ARENDT, 2011, p.296).

Arendt nos lembra que Jesus não fala que é Deus quem perdoa, mas os homens devem perdoar e, então, só então Deus perdoa. O perdão é o oposto da vingança. Duas faces da mesma moeda. É um ato inesperado, ao contrário da vingança. É exatamente o exercício da liberdade. Eis a grande libertação ensinada por Jesus, segundo Arendt. O amor é o grande propulsor do perdão. O perdão é um ato cristão. Segundo a autora o perdão é o grande legado do cristianismo.

O perdão é libertação, ele é necessário para possibilitar que a vida possa continuar, para que os homens possam ser agentes livres, com a constante disposição para mudar de ideia e recomeçar. A liberdade é assim afirmada através da capacidade do homem em se renovar através do perdão.

5. O PERDÃO DIFÍCIL EM RICOEUR

Paul Ricoeur estuda questões como "justa memória", ética e filosofia política, em sua obra, A memória, a história, o esquecimento, onde o esquecimento é uma das questões mais debatidas da filosofia. Torna-se difícil pensar sobre a temática sem reduzi-lo ao simples "apagar", a não-memória.

Ricoeur se propôs a pensar no esquecimento a perspectiva do esquecimento proposital e das conveniências presentes ou futuras. A dialética proposta por Ricoeur, onde tanto o lembrar quanto o esquecer operam para tratar de questões como o perdão, ele distingue anistia de perdão, onde o perdão é uma característica não jurídica, não podendo ser imposto por força de lei. A anistia tem por objetivo cicatrizar a força, é uma trégua para que determinadas sociedades possam continuar sobrevivendo após diversas rupturas. Para Ricoeur a anistia seria o

esquecimento imposto, uma amnésia coletiva, que impede a recriação do passado. A anistia impediria o perdão. Para haver perdão, é preciso extrair mágoas. Portanto só a narrativa e a memória permitem o perdão.

Perdoar é o ato de liberar o outro da culpa, mas que isso. Em sua função libertária o perdão liberta quem o doa, por isso Ricoeur trata o perdão como um dom. Representa acima de tudo, uma doação, o perdão verdadeiro é difícil de ser praticado.

Através do perdão a pessoa doa o que há de melhor em si mesma a compreensão, a compaixão e a esperança, onde a verdadeira questão que cerca a existência do perdão consiste na possibilidade de se perdoar.

Hanna Arendt, em seu livro A condição Humana, escreve que o perdão é uma resposta libertária.Para a autora perdoar faz bem porque livra a pessoa das amarras do ódio e da injustiça. Perdoar traz benefícios a quem é perdoado, mas principalmente quem perdoa. Acontece que perdoar é uma atitude, mas primeiro é um sentimento. Antes de perdoar com as palavras, é necessário perdoar com a mente e com o coração, senão o efeito não é o mesmo, fica pela metade, vira falsidade. É preciso coragem para perdoar de verdade.

Não existe vida digna sem justiça, e o perdão é parte dela. Perdão não é justiça é apenas decorrência dela. Sem considerar a justiça, o perdão é obsceno, sem contemplar o perdão a justiça se torna pura maldade; a justiça é uma necessidade, o perdão, uma possibilidade.

A dificuldade de compreender o perdão está inserida na dificuldade que temos de compreender um ato inacabado, pois o perdão é chamado para resolver os conflitos não resolvidos.

Justiça e perdão encontram-se intimamente ligados, pois são elementos decisivos para o funcionamento da memória e do esquecimento. Ambos, memória e esquecimento possuem o intuito de selar um conflito estabelecido, no entanto, não se deve confundir o perdão com a justiça, pois em nossa linguagem estabelecemos diferenças, entre justiça e perdão, onde o justo e o injusto estão separados por uma fina linha muito tênue.

A justiça nem sempre irá apaziguar o desejo de vingança, e o perdão nem sempre sela o nosso ressentimento com o passado. Justiça e perdão envolvem-se como uma reconciliação do passado. Perdoar é um ato de amor.

Em *Amor e Justiça,* Ricouer tenta encontrar uma dimensão conciliadora entre esses dois elementos, cuja relação normalmente apresenta-se problemática na medida em que se trataria, para o autor, do entrelaçamento de uma dimensão supra ética com uma dimensão ética,

ou seja, antes de compreender uma aproximação dialética entre amor e justiça. Existe dessa forma, a necessidade de lançar uma ponte entre a poética da ágape e a prosa da Justiça.

A teoria da ágape levantaria a problemática de se saber até que ponto ela trata de uma construção capaz de descrever ações realizadas por pessoas na realidade ou de uma mera utopia. Nesse ponto, Ricoeur cita o livro de Dostoiévsk, *O Idiota,*como exemplificação da confusão criada a partir da tentativa de aplicação teoria do ágape em situações concretas.

> O símbolo dá que pensar; esta sentença que me encanta diz duas coisas: o símbolo dá; eu não ponho o sentido, é ele que dá sentido, mas aquilo que dá, é "que pensar, de que pensar. A partir da doação, a posição. A sentença sugere, portanto, ao mesmo tempo, que tudo está já dito em enigma e, contudo, que é sempre preciso tudo começar e recomeçar na dimensão do pensar. É esta articulação do pensamento dado a ele próprio no reino dos símbolos e do pensamento ponente e pensante, que eu queria surpreender e compreender (RICOEUR, 1988, p.283).

A compreensão da individualidade de outrem é possível através da interpretação das suas expressões linguísticas, ou seja, podemos dizer que devemos tentar compreender a fala do outro á partir daquilo que diz. Cabe a essa interpretação a compreensão do ser no mundo. Tanto a linguagem como o discurso tem uma função interpretativa de buscar revelar o ser no mundo e não tanto a subjetividade daquele que fala.

Podemos dizer nesse contexto, que a morada do ser é a própria linguagem, e será através da interpretação, do diálogo com os textos e as obras que procederá a uma desocultação do ser. Para Ricoeur, o símbolo representa, o ponto de nascimento da linguagem em que se revela e se esconde o que diz: "não acaba de se dizer" (RICOUER, 1988, p.324). Escrevemos, assim como falamos, por meio de símbolos que ficam abertos, adquirem vida própria ao se tornarem símbolos, ganhando dessa forma, interpretações variadas. O símbolo é enigma e desafio. Logo é algo que não bloqueia, mas que provoca o pensar.

A linguagem é um fator determinante para toda e qualquer compreensão, onde o mal, sem a linguagem dos símbolos teria ficado na escuridão. È o estudo da linguagem dos símbolos primários que mais nos aproxima da experiência do mal.

Kant supõe existir no homem uma propensão inata para a transgressão, traduzida pela vontade possuidora de uma resistência ao bem. O mal não começa pelo pecado, mas por uma propensão que possibilita o brotar da liberdade. A propensão do homem para perdoar é inerente a sua natureza e ela subsiste ao lado de uma disposição ao não perdoar, ao sentimento de

vingança, esse regate é fruto da disposição originária, de uma livre escolha do homem frente à moralidade, de modo que perdoar depende única e exclusivamente do emprego de suas forças.

Para Ricoeur a experiência da culpa se encontra no mesmo nível da derrota, da solidão, do fracasso, entre os "dados da reflexão". O perdão passa então a ser tratado a partir de uma temática onde há a introdução de uma hipérbole da altura, uma espécie de "mestre da justiça"; que vai orientar do alto. É um discurso de sabedoria, poético, que aparece no tempo da permanência do presente que perdura. Essa voz que vem do alto prega o discurso do hino e da celebração.

Há o perdão como existem a alegria, a sabedoria, a loucura, o amor. E o perdão estaria conectado ao amor. Ricoeur trabalha com o "hino ao amor" associando essa a uma dádiva espiritual. Aqui ele se apoia no pensamento de Derrida, onde o perdão se dirige justamente ao imperdoável, para ele o perdão é incondicional sem exceção ou mesmo sem restrição.

Através da dogmática bíblica, Ricoeur verticaliza o perdão ele desliga o agente do seu ato onde quem perdoa, renova, recria, encontra-se no alto e quem é perdoado encontra-se em baixo, pois decaiu. Segundo a autora existe uma permanente desproporção entre a profundidade da culpa e a altura do perdão. Os crimes contra a humanidade constituiriam o horizonte de toda geopolítica do perdão. Ricouer passa então a trabalhar o perdão á partir da culpabilidade, onde essa culpabilidade moral individual decorre do ato praticado pelo individuo, não sendo ele politicamente institucionalizado. Só haverá perdão onde houver punição. A punição é a restauração do estado *quo.* Sob o signo da acusação, o perdão não pode encontrar frontalmente a falta, somente de forma marginal. Assim não se pode substituir a graça pela justiça (BUFF, 2009,p.171).

Perdoar, ou seja, ratificar a impunidade é inadmissível, seria uma grande injustiça com as vítimas e um prejuízo á lei. Segundo Hanna Arendt, punição e perdão são duas faces da mesma moeda, onde ambos darão fim ao mesmo problema, no entanto, de formas diferentes. Para Hanna Arendt, os homens não são capazes de perdoar o que não podem punir, nem punir o imperdoável (BUFF, 2009,p.127).

Ricouer passa a análise da ética. A reflexão é feita pelo autor, apenas após o exame da linguagem e dos signos, da ação e da narração. Através dessa concepção existe o enraizamento

antropológico o desejo de ser, o esforço de existir. A ética emerge da linguagem da ação e da narração. A ética está relacionada a realização pessoal. Onde o ponto de partida da ética seria a "estima de si", o desejo da "vida boa". Por consequência a estima de si implica uma referência do outro. Não seria completo sem a realização do outro.

A dinâmica do perdão seria assim um regime de troca, num modelo bidimensional desenhado por Ricouer. A imposição de condições para a concessão do perdão contrastando com seu caráter maior, ou seja, a ausência de condições. No modelo arcaico, o alinhamento puro e simples do perdão á circularidade do dom não permite distinguir entre o perdão e a retribuição.

O perdão nessa dialética seria uma de cura, das feridas passadas, assim o perdão começaria na região da memória, prosseguindo ao esquecimento. A cura proporcionada pelo perdão, para Ricoeur, é toda dialética do passado e do futuro quando posta em movimento. O perdão não seria somente o lembrar/trabalho de luto, mas sim estará presente no dom, agregando generosidade (BUFF, 2009, p.175).

Quem pede perdão deve estar pronto para se defrontar com o imperdoável. Nem sempre o pedido de perdão será aceito. O perdão estaria assim inserido na poética da existência, voltado ao religioso. Para Hanna Arendt, o perdão traria uma face de grandeza política, onde está inserido o esquecimento e sua natureza terapêutica, o perdão é generoso entre o trabalho da memória e o trabalho de luto. Assim podemos concluir que a concepção cristã do pecado comporta igualmente um reconhecimento.

O perdão é uma figura moral na fronteira, de um lado, com a história, a política, o direito e a justiça, e, de outro, com a transcendência espiritual e religiosa. Às vezes, essas fronteiras se misturam, e não é raro que o perdão seja identificado com procedimentos jurídicos como a anistia, o indulto ou a prescrição, com virtudes como a clemência ou com necessidades psicológicas e sociais de conciliação e de pacificação, ou ainda com a inegável usura temporal que aplaina o caminho para o esquecimento.

O perdão representa um dos desafios mais urgentes para o pensamento, justamente pelo fato de que ele não vem ao nosso encontro em uma pureza abstrata, mas sim imerso no entrelaçamento de uma herança cultural onde deve ser reinterpretada. O autêntico significado

do perdão, com efeito, deve estar livre das malhas do rancor e do esquecimento, do desejo de vingança e da fácil liquidação ou da renúncia dos próprios direitos.

Uma noção que, além disso, parece ser dificilmente isolável de outros núcleos temáticos, ligados a conceitos de ordem espiritual e religiosa, como a expiação, a redenção, a remissão dos pecados, a absolvição, a piedade, o amor.

O "poder de perdoar", segundo a expressão de **Hannah Arendt** é uma potencialidade da ação que remedia o bloqueio do agir resultante da irrevogabilidade do passado.

Considerar o perdão como uma forma de ação introduz muitos elementos de novidade na constelação tradicional do perdão. O perdão prolonga a ação em uma direção diferente da que foi tomada, mas isso ocorre desencadeando uma dinâmica gratuita e dispendiosa do deixar ir. É impossível revogar a história, fazer com que as ações não tenham acontecido, mas pode-se continuar agindo caminhando por outra direção. Não se pode ser perseguido pelas próprias ações. O passado não pode esmagar o presente sob o seu peso. O perdão, livrando o agente do fardo da ação cometida, tem o mesmo poder inovador da ação humana (BUFF, 2009, p.103).

O perdão também pode ser outra coisa. A enésima prova de uma presunção de verdade por parte da vítima, uma ocasião para se comprazer com o próprio comportamento generoso, uma estratégia de luta e de defesa, uma expressão de fraqueza e de renúncia à resistência.

6. A COMISSÃO VERDADE E RECONCILIAÇÃO

A Comissão Verdade e Reconciliação da África do Sul, instituída pelo Presidente Nelson Mandela e presidida pelo arcebispo anglicano, Desmond Tutu, a Comissão transcendeu a dimensão política, a ruptura com o regime do *apartheid* respeitando os termos do acordo onde não haveria uma caça às bruxas, as vítimas pediam para serem publicamente reconhecidas. A CVR, ainda hoje tem sido objeto de reiteradas e renovadas análises, sob diferentes ângulos, devido a sua experiência sem precedentes. A CVR é uma análise do modelo de troca, evocando um projeto nacional de reescritura da história.

Derrida acompanhou os trabalhos da Comissão de Verdade e Reconciliação, promoveu a discussão da impunidade, da atitude social diante dos crimes, em especial no tocante ao perdão, a qual estendeu-se à esfera da memória, que se desloca do círculo específico da culpabilidade para adquirir a envergadura de uma dialética de reconciliação.

Assim, Derrida discutiu as relações entre negros e brancos na África do Sul pós-apartheid, a partir das lideranças de Nelson Mandela e Desmond Tutu. A afinidade entre Derrida e Paul Ricoeur, que fizeram do perdão seu objeto de estudo, e seu pensamento a partir da problemática do apartheid e do regime que o sucedeu e sua empreitada de justiça em prol da população ferida. Ambos os autores partem de uma análise da CVR para seus estudos sobre o perdão, sem perder de vista o contexto histórico e político do momento. Assim o perdão foi analisado pelos dois pensadores, em suas diversas dimensões.

Segundo a autora a CVR é um acontecimento político e representa uma oportunidade de reflexão filosófica, estando reunidos os componentes necessário sou seja, o político, o teológico, o jurídico, o ético, o antropológico e o psicológico. Ao se iniciar a pesquisa do perdão, que para Derrida é interminável, o campo de estudos será de paradoxos, numa zona de hipérboles.

Ao entrar no pensamento de Derrida sobre as problemáticas do perdão, a autora, verifica a dificuldade de decifrá-lo. "*Dificuldade de traduzir, de achar o como decodificar e seus operadores, acompanhar suas acrobacias, chamar a sua palavra*" (2009, p. 191).

Buscava-se através da CVR, uma reconciliação, pela verdade factual e pelo perdão para criar um novo ponto de partida apto a reconstruir a África do Sul pós-apartheid. A CVR abriu espaço público para o testemunho das vítimas do apartheid colocando-as em um diálogo direto com os seus perpetradores, apontou para a compreensão e não para a vingança, para a reparação e não para a retaliação. A CVR promoveu o perdão e a reconciliação, criando condições para que ocorresse entre brancos e negros, em um país factualmente separado pelo ódio e pala hostilidade. A Comissão da Verdade e de Reconciliação da África do Sul permitiu o exercício do perdão como á faculdade de lidar com a irreversibilidade do que foi feito (BUFF, 2009, p.263).

A reconciliação com o passado e seus compromissos, uma das faces da problemática do perdão, é tratada no capítulo 6, acompanhada das críticas de Derrida ao processo de cristianização do perdão. Assim, através da análise desse capítulo a justiça restaurativa é o ponto principal e sua efetividade perante o dor e o mal. O modelo de justiça restaurativa utilizado pela CVR e a sua aplicação na categoria do reconhecimento, no reconhecimento de seu contexto simbólico, destacando a importância da distinção entre anistia e perdão, mas, colocando este último ao lado da política de confiança e responsabilização, que integra a política da esperança.

A inscrição do perdão, numa economia de dádiva ou dom, é traçada ante a superabundância de não sentidos do mal, na leitura de Ricoeur. Para Ricoeur, é preciso pensar conjuntamente o bem e o mal. A economia da redenção é introduzida no plano simbólico e teológico cristão. A equação do perdão difícil, traçada por Ricoeur, revela a dessimetria decorrente da desproporção entre a altura do hino sapiencial e a profundidade da culpa, sua imputabilidade e a problemática da incapacidade e sua superação.

Derrida propõe uma distinção entre o perdão condicional e o perdão incondicional, onde as duas hipóteses encontram-se presentes em nossa tradição judaico-cristã. Para ele, o perdão condicional somente ocorrerá se quem fez o mal, pede perdão. O pedido de perdão indica um bom caminho, o sujeito já está a caminho da transformação, ele reconheceu seu erro e se arrepende. Existe uma relação de troca. Nesse caso, Derrida diz não haver o verdadeiro perdão.

O poder de perdoar é sempre divino na sua essência, ainda que exercido pelo homem, dessa forma torna-se é mais fácil quando o perdão busca uma finalidade, como a reconciliação, o restabelecimento da ordem social, da paz. Entretanto, não caracteriza-se como o puro perdão. O puro perdão é aquele que mais se aproxima do poder de perdoar como se fosse um ato divino. De caráter sempre excepcional e extraordinário, deveria colocar à prova o impossível, o inimaginável, o imperdoável.

Assim, o perdão seria uma condição para a reconciliação, seja dos indivíduos, dos Estados, das coletividades. Mas isto, não significa esquecer. O perdão não deve ser visto como sinônimo de esquecimento, ele é lembrança viva.

O perdão não é esquecimento. Para que haja o perdão torna-se imperioso a lembrança, que o irreparável seja lembrado ou permaneça na lembrança. Por isto que o perdão deve ser incondicional, porque não há condições para que o perdão seja concedido.

O estado pode julgar, mas o perdão não tem relação com o julgamento, nem mesmo com o espaço público ou político. Mesmo se fosse justo, o perdão não teria nada a ver com a justiça judiciária com o Direito.

Para Derrida o poder de perdoar é sempre divino na sua essência, ainda que exercido pelo homem. O perdão é confundido muitas vezes com o conceito de anistia e prescrição. No tocante a anistia no que se refere aos crimes contra a humanidade ela não é admitida. A anistia serviria somente como um possível esquecimento. Alguns entendem que no campo político-jurídico, seu significado vai além do esquecimento.

A anistia é considerada um "perdão político". Seria dessa forma, o conceito mais próximo de perdão, já no tocante a prescrição, também existe o consenso de que os crimes contra a humanidade são imprescritíveis. A prescrição irá se traduzir no decurso de tempo que é previsto para que um crime possa ser julgado ou a pena possa ser cumprida. Referente aos crimes contra a humanidade não importa quando tenham sido cometidos; sempre deverão ser punidos, não sofrendo os feitos da prescrição.

Assim para Derrida o perdão não deve ter nenhuma finalidade, pois seus laços essenciais o unem ao amor. Não é certo que o perdão ainda faça parte de uma lógica do julgamento, mas, se fizesse, seria e continua sendo difícil saber quem perdoa a quem, o quê, a quem e se Deus é ou não a última instância de apelação.

O perdão torna-se uma figura moral na fronteira, de um lado, com a história, a política, o direito e a justiça, e, de outro, com a transcendência espiritual e religiosa. Em determinados momentos essas fronteiras se misturam, e não é raro que o perdão seja identificado com procedimentos jurídicos como a anistia, o indulto ou a prescrição, com virtudes como a clemência ou com necessidades psicológicas e sociais de conciliação e de pacificação, ou ainda com a inegável usura temporal que aplaina o caminho para o esquecimento.

Como se sabe, é impossível revogar ou esquecer a história. Não há como fingir que os acontecimentos não ocorreram. O passado já ocorreu, não há como voltar. A ação já ocorreu, não há como fingir que não ocorreu ou simplesmente apagar seu acontecimento.

O perdão, assim como o consenso, é uma forma de diálogo entre duas partes.Cabe àquele indivíduo que errou, ao ofender, ao transgredir, encontrar a linguagem para que haja o restabelecimento da comunicação. Se isto, não ocorrer, o perdão torna-se genérico e perde sua singularidade.O perdão ao restaurar os laços numa relação interpessoal que antes estava

quebrada depois de uma ofensa, de uma agressão opera o amor. Tanto o perdão como o consenso operam como condição para a reconciliação. Mas, como já visto acima, o perdão não pode ser visto como um sinônimo de esquecimento do crime, como apagamento da culpa. Tem que sempre ter em mente que o acontecimento necessita ser lembrado. E, é neste contexto, que encontramos o verdadeiro perdão, aquele que não se pede nada em troca e não há condições para que ele seja concedido, sendo incondicional. É neste ponto que o consenso e o perdão incondicional se afastam. Porque, temos que quase sempre o consenso opera na forma de um perdão condicional, aquele sujeito a troca, o perdoável, que exige condição para que o perdão seja concedido. (BUFF, 2009, p.228).

A constitucionalização do processo de verdade e de reconciliação na África do Sul visava um duplo objetivo de conhecimento e de reconhecimento e não de esquecimento. Toda veleidade em favor de uma anistia geral deveria ser sancionada como inconstitucional. O religioso Desmond Tutu é o encarregado por Nelson Mandela para reconciliar o país, realizar o sonho de uma nação unificada. Desmond Tutu crê num processo de diálogo e de negociação onde a transição será pacifica para a democracia.

A Comissão de Verdade e Reconciliação, coletou de testemunhos, consolou os ofendidos indenizou milhares de vítimas e anistiou aqueles que confessavam ter cometido crimes políticos. A CVR pode ser considerada como um tribunal especial, no entanto, seu objetivo não era punitivo era o de mostrar a realidade dos acontecimentos e assim reconciliar através do perdão.

Segundo a autora os africanos fizeram a opção de enunciar ao invés de denunciar, de se voltarem sobre o passado em uma tarefa fundadora, onde o primeiro ato fundador de uma nação é a aquisição de uma memória coletiva (BUFF, 2009, p.234).

Nesse contexto da justiça restaurativa acolhido pela CVR, a vítima ocupa o centro do processo, com voz ativa, o infrator, por sua vez, é visto no seu potencial de responsabilizar-se por seus danos e também participa ativamente, interagindo com a vítima e a comunidade. A justiça restaurativa empreende um esforço na "conciliação" entre as partes: vítima e agressor são postos em diálogo, e tem através de seus testemunhos, a possibilidade de tendo em vista a irreversibilidade dos fatos – pensar em meios de "restaurar" as consequências do dano, onde os demais membros da sociedade, afetados pelo crime como sujeitos centrais, também tem a possibilidade de participar da busca por soluções reparativas.

A CVR representa um ato de confiança da nação para com os homens que são dignos de confiança, que estão em busca da verdade. O movimento de confiança é uma ida e volta (BUFF, 2009, p.241).

Segundo Tutu, ao perdoar as pessoas não estão sendo solicitadas a esquecer. Ao contrário, é importante lembrar, de tal modo que nós não devemos permitir que tais atrocidades voltem a acontecer.

Para Derrida, não é certo que o perdão ainda faça parte de uma lógica do julgamento, mas se fizesse, seria e continua sendo difícil saber quem perdoa a quem, o quê, a quem e se Deus é ou não a última instância de apelação. Há sempre essa dualidade das ordens: humana ou divina. Tal dualidade compartilha ou disputa o conceito mesmo de perdão e sobretudo o momento de reconciliação.

Não podemos apagar da história os fatos dolorosos, devemos encará-los para que exista justiça e não o esquecimento. Não haverá verdade e justiça sem o enfrentamento dessas questões, assim, para os dois filósofos, Ricoeure Derrida, o papel de ambos é o de destacar o papel utilitário e terapêutico da anistia e do perdão, através da justiça restaurativa.

7. CONCLUSÃO

Para a autora o dizer, em seu trabalho seria mais um apresentar, indicar direções, do que concluir. Colocar frente a frente, como em um mosaico, figuras diferentes nos sentidos. Segundo ela, o espírito do perdão funciona como um catalisador. Nessa visão seria o perdão gerador de uma nova cadeia de compreensão, de tolerância, de diversos outros mundos possíveis além da vingança.

A obra de Ricoeur faz referência à culpabilidade e à reconciliação. É neste contexto que surge no epílogo da obra do filósofo sobre o enigma do perdão. Propõe-se tratar sobre a problemática da memória, da história e do esquecimento.

Mostra que o perdão quebra a dívida, mas não o esquecimento dos fatos. Busca-se trazer ao leitor a idéia de que o perdão não é uma exigência, mas um pedido que deve enfrentar o imperdoável. Por isso nos mostra ser o perdão difícil, mas não impossível.

Derrida leva a compreender que nenhuma lei dos homens, no tempo dos homens, pode subtrair o criminoso ao julgamento. Gestos de reparação, muitas vezes realizados em nome das vítimas por um representante simbólico dos culpados, correm o risco de ocultar a qualidade material da ofensa, a relação entre sofrimento e crime, feita de aniquilação, terror e solidão, e ao mesmo tempo, de comprometer, com as suas finalidades políticas e pedagógicas, a gratuidade da misericórdia e do amor. Com Derrida, de uma maneira paradoxal, aprende-se que só admitido a existência do imperdoável, como hospedeiros do perdão, num movimento que se aproxima da hospitalidade, da amizade, do dom, é que se pode falar em perdão. Essa é a instituição poderosa de Derrida e daí sua insistência, quase obsessiva, no perdão puro. Poucos se arriscam a pensar nesse limiar. Limiar da louca confissão, como acontece na CVR, da loucura do perdão que tão bem ele soube desenvolver e tentar capturar, porém fugindo, pode-se dizer da banalidade do perdão, por simetria à "banalidade do mal" de Arendt.

O perdão representa um dos desafios mais urgentes para o pensamento, justamente pelo fato de que ele não vem ao nosso encontro em uma pureza abstrata, mas sim imerso no entrelaçamento de uma herança cultural quetodas ás vezes deve ser interpretada. O perdão deve estar desligado das inúmeras implicações as quais encontra-se ligado, não pode estar preso as malhas do rancor e do esquecimento, do desejo de vingança e da fácil liquidação ou da renúncia dos próprios direitos.

Em suas diversas dimensões, o perdão é uma figura moral na fronteira, de um lado, com a história, a política, o direito e a justiça, e de outro, com a transcendência espiritual e religiosa. O "poder de perdoar", segundo a expressão de Hannah Arendt, é uma potencialidade da ação que remedia o bloqueio do agir resultante da irrevogabilidade do passado. Não se pode revogar a história, mas pode-se continuar agindo por outra direção. O passado não pode esmagar o presente sob o seu peso. Nesse sentido, perdoar significa manter o respeito pelo humano no indivíduo, pela sua capacidade, apesar de tudo, de ser livre.

Apesar de o perdão não depender totalmente do direito, ele encontra no direito, e mais especificamente no julgamento, a sua possibilidade de concretização no mundo humano. No contexto da justiça restaurativa a vítima ocupa o centro do processo, com voz ativa, o infrator, por sua vez, é visto no seu potencial de responsabilizar-se por seus danos e também participa ativamente, interagindo com a vítima e a comunidade.

A justiça restaurativa compreende um esforço na "conciliação" entre as partes: vítima e agressor são postos em diálogo, e tem através de seus testemunhos, a possibilidade de tendo em vista a irreversibilidade dos fatos pensar em meios de restaurar as consequências do dano, onde os demais membros da sociedade, afetados pelo crime como sujeitos centrais, também têm a possibilidade de participar da busca por soluções reparativas.

BIBLIOGRAFIA

ARENDT, Hanna. ***A Condição Humana*** **.** Trad. Roberto Raposo. 14ª Ed. Rio de janeiro: Forense Universitária, 2011.

BICUDO, Hélio. **Anistia e crimes contra a humanidade que não prescrevem.** Disponível em: <http://www.comciencia.br/comciencia/index.php?section=8&edicao=43&id=525>. Acesso em : julho./ 2016.

GIACÓIA, Jr. Oswald. **Nietzsche como psicólogo**. São Leopoldo: Ed. Unisinos 2001.

MIGLIORI, Maria Luci Buff. **Horizontes do Perdão: reflexões a partir de Paul Ricoeur e Jacques Derrida.** 2009. Tese (Doutorado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo.

MOISÉS, Cláudia Perrone. **Leis de anistia face ao direito internacional – "desaparecimentos" e "direito" à verdade.** Disponível em: <http://aldeiajuridica.incubadora.fapesp.br/portal/direito-publico/direito-internacional-penal/leis-de-anistia-face-ao-direito-internacional-2013-201cdesaparecimentos201d-e-201cdireito-a-verdade201d/>. Acesso em: julho./ 2016.

PERRONE-MOISÉS, Cláudia. **A justiça e o perdão em Jacques Derrida**. Disponível em http://revistacult.uol.com.br/home/2010/03/a-justica-e-o-perdao-em-jacques-derrida, acesso em: 29/06/2016.

RICOEUR, Paul**. Le scandaledu mal**. Esprit. Paris 1988.

_____ **A memória, a história, o esquecimento**. Campinas. São Paulo: Ed. Da Unicamp, 2007.

_____**O perdão pode curar?** 1996. Disponível em: <http://www.lusosofia.net/textos/paul_ricoeur_o_perdao_pode_curar.pdf> Acesso em: julho de 2016.

SAMPAIO JÚNIOR, Tércio.**A lei de anistia impede a punição dos que praticam tortura durante o regime militar?** Disponível em: <http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/123>. Acesso em : julho./ 2016.

WIKIPÉDIA.**Sobre Convenção Americana de Direitos Humanos.** Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Conven%C3%A7%C3%A3o_Americana_de_Direitos_Humanos>. Acesso em maio./ 2016.

CAPÍTULO VII

CONTRIBUIÇÕES DA TEORIA RUSSELIANA DA VERDADE DE MANHOLI (TVM) AO PROCESSAMENTO DE LINGUAGEM NATURAL NO PROCESSO ELETRÔNICO[71]

Lucas Antonio Saran[72]
Ilton Garcia da Costa[73]
Rogério Cangussu Dantas Cachichi[74]

RESUMO

Este artigo analisa a aplicação da Teoria da Verdade (TVM), inspirada em intuições russelianas, desenvolvida pelo lógico brasileiro, prof. Dr. Carlos Luciano Manholi. O texto sugere a aplicação da aludida teoria ao campo da inteligência artificial e do processo eletrônico. Empregou-se o procedimento metodológico de pesquisa bibliográfica, examinando-se obras e textos de cunho filosófico, técnico e jurídico. Dentre as obras analisadas, dá-se relevo à tese de doutorado intitulada *O conceito de verdade em linguagens semanticamente fechadas,* na qual se expõe uma teoria poderosa no que tange ao processamento de linguagens naturais como o português, apresentando uma definição do predicado-verdade a elas aplicáveis sem ocorrência de paradoxos semânticos como o do mentiroso.O resultado apurado a partir da teoria, como se verá, é de grande aplicação no campo do direito, especialmente no que tange às possibilidades de aplicação técnica do processamento de linguagem natural no bojo do processo eletrônico.

Palavras-chave: Direito. Verdade. Teoria. Russell. Manholi.

---

[71] Artigo oriundo das discussões e interlocuções no Grupo de Pesquisas (GT) Lógica, tempo e linguagem natural (UEL - Projeto 09891). Os autores agradecem imensamente ao Prof. Dr. Carlos Luciano Manholi, criador da teoria, pela revisão do texto.

[72] Membro do Grupo de Pesquisas (GT) Lógica, tempo e linguagem natural (UEL). Formado em filosofia pela Universidade Estadual de Londrina (2011). Mestre em filosofia pela mesma Universidade (2014). Aluno especial no doutorado em Filosofia da UFSCar. Independentemente de quaisquer trabalhos particulares, as principais temáticas de suas pesquisas costumam ser: Deleuze, Wittgenstein e lógica. Endereço Eletrônico <lucasasaran@gmail.com.br>.

[73] Mestre e doutor em Direito pela PUC/SP. Mestre em Administração pelo Centro Universitário Ibero Americano UNIBERO. Graduado em Matemática. Advogado. Professor de ensino superior da Universidade Estadual do Norte do Paraná. Endereço Eletrônico: <iltoncosta@uenp.edu.br>.

[74] Membro do Grupo de Pesquisas (GT) Políticas públicas e efetivação dos direitos sociais (UENP); GPCERTOS - Grupo de Pesquisa em Constituição, Educação, Relações de Trabalho e Organizações Sociais (UENP); Direitos Fundamentais e a sistematização precedentalista vinculante no Brasil (UENP); e Lógica, tempo e linguagem natural (UEL); Especialista em Direito pela PUC/SP e licenciado em Filosofia pela UEL; Juiz Federal da Subseção Judiciária de Jacarezinho/PR. Endereço Eletrônico: <cangussu@trf4.jus.br>.

Introdução

Com o advento da contemporaneidade muita coisa mudou. Trata-se do denominado *linguistic turn* (giro linguístico), a partir do qual as questões da filosofia antes afetas à metafísica da antiguidade e do período medievo e à razão na modernidade, deslocaram-se à linguagem. Verdade (*rectius*: o predicado-verdade), agora, passa a ser um conceito a ser examinado à luz desse novo paradigma. Assim, enquanto na filosofia antiga e medieval a questão da verdade era vista sob uma perspectiva ontológica e na moderna sob um enfoque epistemológico, na filosofia contemporânea a questão se põe em termos linguísticos. Destarte, a atividade crítica da linguagem é o centro das reflexões, objetiva-se apresentar as condições de possibilidade do discurso significativo. Seguindo essa linha de raciocínio, a linguagem serve para descrever o mundo:

> O objeto da Filosofia é clarificação lógica de pensamentos. A filosofia não é uma doutrina, mas uma atividade. Um trabalho filosófico consiste essencialmente em elucidações. O resultado da Filosofia não é 'proposições filosóficas', mas o esclarecimento de proposições. A Filosofia deve tornar claros e delimitar rigorosamente os pensamentos, que outro modo são como que turvos e vagos. (WITTGENSTEIN, 2008, 4.112[75])

Nesse sentido, natural que o direito passasse a ser visto como fenômeno linguístico. A própria norma jurídica e o discurso sobre ela não deixam de ser enunciados proposicionais sobre elementos do mundo da cultura. Alécio Silveira Nogueira, em preciosa monografia, destacou, não sem razão, que "o Direito se constrói na linguagem e pela linguagem" (NOGUEIRA, 2013, p.90). E prossegue:

> Ou seja, é preciso enunciar o óbvio e asserir que o Direito é, fundamentalmente, linguagem, e linguagem verbal ou verbalizável; com isso, naturalmente se suscitam praticamente todos os problemas que constituem a base dos estudos semióticos, mesmo aqueles que, num primeiro momento, parecem confinados ao terreno estético ou aqueles que se distanciam do paradigma verbal. (NOGUEIRA, 2013, p.90)

É consenso que a lógica modal, especialmente deôntica, apresenta grande aplicação no campo jurídico (CASTRO JR., 2005, p.336). De outro lado, a tecnologia aplicada no processo eletrônico já é uma realidade. "No séc. XX, os 'sistemas' lógicos converteram-se em 'sistemas' informáticos digitais, assumindo uma realidade extensional que lhes era estranha. A lógica tecnologizou-se." (CASTRO JR., 2005, p.337). Atualmente, a título de exemplo, há mais de quatro milhões de processos judiciais virtuais apenas na Justiça Federal da 4a Região, que abrange os Estados do Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul.

[75] A citação do *Tratactus*, excepcionalmente, não se refere às páginas, mas aos números dos aforismos de Wittgenstein.

Nesse contexto, é de grande interesse todo avanço em matéria de inteligência artificial máxime em direção ao desenvolvimento de sistemas poderosos o suficiente para processar linguagem natural de falantes nativos com o fim de possibilitar ainda mais o fortalecimento de sistemas legais capazes de processar e interpretar argumentos presentes no processo judicial ou administrativo.

Notável que é em comparação com outras linguagens (linguagem matemática, lógica), o estudo da linguagem natural desperta sumo interesse, sobretudo na formulação de um conceito de predicado-verdade a elas aplicável livre de paradoxos semânticos. Nesse sentido, a evolução a partir de estudos no tema da semântica formal aplicada a linguagens naturais repercutiria com vantagens na área jurídica, mas não é só. O cientista da língua ganha em precisão com a possibilidade de fazer linguística com o rigor da matemática. Com a mesma nitidez o cientista das ciências naturais formulará teorias. O filósofo analítico discriminará não sem menor clareza os discursos com sentido e aqueles sem sentido, fundamentando com extraordinário vigor os primeiros. Por seu turno, para o cientista da computação, a esse estará franqueada a possibilidade em tese de, por meio da semântica formal aplicada a uma linguagem natural, produzir um programa de computador que trate de língua natural com nível de desempenho humano. Com Umberto Eco assevera-se:

> O sonho de uma língua perfeita em que se possam definir todos os significados dos termos de uma linguagem natural, e permita interações dialógicas 'sensatas' entre homem e máquina, ou às máquinas de elaborar inferências próprias das linguagens naturais, retorna nas pesquisas contemporâneas em torno da Inteligência Artificial. (ECO, 2001, p.374)

Por certo, o jurista, além de com mesma exatidão dissecará sistemática e conceitualmente o direito vigente, poderia contar com pesquisa, interpretação e produção de soluções jurídica com altíssimo nível de precisão e rapidez. Segundo CASTRO JR.:

> Chamam-se 'Sistemas Especialistas Legais' (SEL's) os programas de computador que devem servir para 'solucionar' casos jurídicos. Estão na área de atuação da 'jurimetria' ou da 'juscibernética', como prefere Mario Losano, disciplina que se ocupa da tradução ou implantação do conhecimento jurídico para a máquina, ou seja sua condução para a expressão formal algoritmizada. (CASTRO JR., 2005, p.338)

Ocorre que Tarski opôs duas relevantes objeções à aplicação da semântica formal às linguagens naturais: estas são semanticamente fechadas e não possuem sintaxe exatamente especificável[76]. A segunda objeção foi bem respondida por programas como o de Montague e de Davidson, que granjearam construir não uma semântica formal para linguagens naturais, mas uma semântica formal para uma linguagem formal que traduz (ou mapeia) a linguagem natural[77]. Por seu turno, e no que toca ao que realmente nos

[76] Davidson também sintetizou as objeções de Tarski no seu *Truth and Meaning*: "Two themes emerge: that the universal character of natural languages leads to contradiction (the semantic paradoxes), and that natural languages are too confused and amorphous to permit the direct application of formal methods." (DAVIDSON, 1984b, p.28). Para um apanhado didático sobre o tema: HAACK, 2002.

[77] Voltaremos a tratar desse assunto mais a frente.

interessa aqui, a primeira objeção foi superada por Manholi, que, adotando intuições russellianas relativas ao conceito de verdade, apresentou uma semântica formal para linguagens-objeto semanticamente fechadas, dentre as quais se incluem as linguagens naturais como o português, o inglês etc.[78]Noutros termos, desenvolvida por um brasileiro, prof. Dr. Carlos Luciano Manholi, cuja tese de doutorado foi intitulada *O conceito de verdade em linguagens semanticamente fechadas,* a Teoria da Verdade de Manholi (TVM) constitui a prova de que é possível - ao contrário do que advertia Tarski - construir uma definição de predicado-verdade para linguagens semanticamente fechadas, como a linguagem natural, sem produzir contradições.

Nesse sentido, visando contribuir um pouco sobretudo com a divulgação de tema tão relevante na atualidade, o objetivo deste trabalho é expor algumas noções para futura aplicação no processo judicial da Teoria da Verdade (TVM).

Com efeito, o pano de fundo do texto que o leitor tem nas mãos reside na filosofia da linguagem e na lógica, com reflexo na filosofia do direito e no processo eletrônico judicial e administrativo. O paradigma da linguagem no exame de problemas jurídicos orientará a investigação. Pretende-se expor por que é importante na linguagem do discurso jurídico uma definição de predicado-verdade que seja materialmente[79]adequada e que valha para linguagens naturais. A resposta será data a partir da Teoria da Verdade de Manholi (TVM).

A justificativa da escolha reside no fato de essa teoria ser do tipo correspondencial baseada nas intuições russellianas acerca da noção de verdade[80] com possibilidade de ser aplicada a linguagens semanticamente fechadas[81], como é o caso das línguas naturais (inglês, português etc), empregadas em processos judiciais.

Não será objeto do estudo se outras teorias da verdade, como a coerencial, pragmática, consensual etc., apresentariam respostas tão ou mais satisfatórias. Cumpre desde logo destacar ao leitor que a teoria da verdade de Manholi é a única que [1]se baseia nas noções russellianas da verdade; [2]aplica-se a linguagens semanticamente fechadas e [3]satisfaz a convenção T[82] sem incidir em paradoxos semânticos como o do mentiroso.

Num primeiro momento, propiciar-se-á ao leitor algumas noções fundamentais sobre lógica aplicada. A seguir, tratar-se-á de modo geral das teorias cujo escopo foi apresentar uma definição de 'predicado-verdade'. Num terceiro momento, serão feitos apontamentos sobre a Teoria da Verdade de Manholi (TVM). Finalmente, o texto chega ao cabo com

[78] Cabe aqui um rápido esclarecimento ao leitor. Linguagem semanticamente fechada é aquela que possui, além das suas próprias expressões, nomes para essas expressões e termos semânticos ('verdadeiro', 'falso') com os quais se possam referir a elas. Assim é o português, linguagem por meio da qual posso dizer "esta sentença: 'a neve é branca' é verdadeira". Diversamente, a linguagem semanticamente aberta não possui termos semânticos para se referir a si própria (embora não deixará de ser semanticamente aberta se tiver termos semânticos para outra linguagem). Voltaremos ao assunto adiante.

[79] No sentido tarskiano, a teoria da verdade de Manholi não é formalmente adequada, na medida em que se aplica a linguagens semanticamente fechadas; ainda assim, a teoria não incide em paradoxos semânticos como o do mentiroso, de acordo com o que será explicado no decorrer do texto.

[80] As intuições russellianas a respeito do assunto tomam a verdade como relação de correspondência entre a linguagem e o mundo (RUSSELL, 1974).

[81] Mais adiante ao leitor serão apresentadas quais intuições acerca da noção de verdade seriam essas e qual a distinção entre linguagens semanticamente fechadas e linguagens semanticamente abertas.

[82] Oportunamente será esclarecido ao leitor o que se entende por "convenção T".

inferências conclusivas acerca das vantagens na aplicação da TVM ao processamento de linguagem natural e no campo da inteligência artificial para processo eletrônico e sistemas legais.

1. Lógica aplicada

Como foi dito na introdução, o presente item apresentará ao leitor leigo noções de lógica aplicada. Uma vez que a teoria da verdade é uma parte da lógica, começaremos por essa última noção.

Quando se fala em lógica aplicada, tem-se em mira algum campo do conhecimento; afinal, imediata é a indagação: lógica aplicada a quê? Conforme o interesse do estudioso, a lógica assume aplicação nas mais diversas searas, desde a filosofia prática, a exemplo do que se poderia citar a "Ética demonstrada a maneira dos geômetras" do filósofo Espinosa, até a ciência da computação, passando ainda pela filosofia da mente, da ciência e, claro, da linguagem, nosso ponto de interesse maior.

Para definirmos a lógica aqui, colhemos inspiração no texto de Manholi (2010). Nesse trabalho, Manholi principia o raciocínio definindo a lógica sob três pontos de vista: do matemático, do filósofo e do lógico puro. É claro que a esses três pontos de vista pode se acrescentar um quarto que nos interessa aqui, aquele do jurista (que é bem próximo do ponto de vista do filósofo).

Seguindo esse objetivo, comecemos, pois, com a exposição resumida das definições de Manholi (2010): do "ponto de vista do matemático (...) seria possível dizer que o objeto de estudo da lógica são os teoremas lógicos , ou as verdades lógicas, se se quiser dizer assim" (MANHOLI, 2010, p. 87).

Bem próximo desse ponto de vista do matemático, está o ponto de vista do lógico puro: para o lógico puro o trabalho com a lógica consiste em definir "as noções fundamentais de sua área de interesse" (MANHOLI, 2010, p.87); no final das contas a noção mais importante a ser definida pelos lógicos é a noção de consequência lógica[83]. Ao lado dessa noção fundamental, os outros conceitos (da lógica) são "conceitos auxiliares utilizados para se chegar à definição de consequência lógica, ou conceitos derivados deste último" (MANHOLI, 2010, p.87). A lógica, pois, deve ser entendida como uma área do conhecimento cujo objeto são as noções como de argumento e validade, de verdade lógica e de consequência lógica.

Isso encerra o que tínhamos a dizer a respeito da lógica sob o ponto de vista do lógico puro. Sendo assim, passaremos à consideração da lógica do ponto de vista do filósofo e

[83]"Ao se definir de modo preciso a noção de consequência lógica, que – falando intuitivamente – é a relação que existe entre a conclusão e as premissas de um argumento válido, justamente se fornecem os elementos necessários para que seja possível desenvolver instrumentos de cálculo que possam ser utilizados para decidir se um argumento arbitrário é válido ou não. E quanto às proposições logicamente verdadeiras, as mesmas podem ser entendidas como as conclusões de argumentos válidos em que o número de premissas é igual a zero." (MANHOLI, 2010, p.87)

do jurista. Para esses profissionais, a lógica deve ser vista como uma ciência instrumental: para o filósofo e o jurista, a lógica fornece uma série de instrumentos fundamentais para se avaliar argumentos: com ou sem sentido; válidos ou inválidos[84]. Além disso, a lógica fornece algumas definições importantes para a consistência o discurso jurídico e filosófico.

Resta-nos, ainda, salientar que *axiomático* é o método que a lógica emprega para estudar tal objeto. O método axiomático admite num primeiro momento, independente de *definição*, termos primitivos e regras (*de definição*) para definir novos termos a partir desses primitivos; depois, num segundo momento admite, independente de *demonstração*, proposições primitivas (*axiomas*[85]) e regras (*de inferência*) para demonstrar novas proposições a partir dessas primitivas. Se se deseja algo tanto quanto possível preciso, mister se faz definir bem os termos utilizados como garantia de que compreensão do afirmado; bem como demonstrar todas as proposições afirmadas como forma de garantir que são verdadeiras (MANHOLI, 2010, p.91). Em síntese, pois:

> A lógica é a ciência formal que se dedica à investigação de instrumentos capazes de verificar a validade ou invalidade de um argumento, ou ao estudo da noção de consequência lógica, ou ainda à descoberta e demonstração dos teoremas lógicos, mediante o uso do método axiomático. (MANHOLI, 2010, p.93)

A relevância da aplicação da lógica na filosofia da linguagem é vasta, sobretudo porque, na condição de fenômeno simbólico, como acentua Marques, "(...) a linguagem passa a ser objeto de estudo na lógica filosófica" (MARQUES, 2001, p.41). A mesma autora linhas a frente consigna:

> Os dados da experiência são representados linguisticamente em sentenças ou proposições. Essas sentenças são tomadas como partes de uma ideia, ou raciocínio, e devem-se completar a partir de suas relações com outras sentenças, de tal modo que, de um lado, esses vínculos lógicos correspondam a propriedades universais e, de outro lado, explicitem, formalmente, o que está implícito no que se diz. (MARQUES, 2001, p.41)

[84] Infelizmente, não poderemos desenvolver aqui todo o instrumental que, em lógica, permite que avaliemos os argumentos classificando-os como válidos e inválidos. Isso se deve ao fato de que nosso foco neste trabalho consiste mais em acrescentar (ao discurso jurídico) uma nova definição que é fornecida pela lógica: trata-se da definição de verdade.

[85] Observe-se que, na condição de proposição primitiva de um sistema, axiomas são convencionais. Considerá-los 'evidentes por si mesmos' implica atribuir-lhes subjetividade; a própria noção de evidência é subjetiva. Como comenta Manholi: "(...)o que pode parecer obviamente verdadeiro para alguém pode não parecer isso a outrem. Um caso conhecido é o da geometria de Euclides, que é – diga-se de passagem – considerado como sendo o criador do método axiomático. O quinto axioma da geometria euclidiana, do qual se pode deduzir que por um ponto externo a uma reta pode-se traçar uma única reta paralela à primeira, pode ter parecido obviamente verdadeiro para Euclides, mas não pareceu assim a diversos matemáticos ao longo da história. Como resultado, no século XVIII, o geômetra italiano Giovanni Saccheri resolveu verificar o que ocorreria se se desenvolvesse uma geometria em que os axiomas fossem os quatro primeiros da geometria euclidiana, mais a *negação* do quinto axioma. Um dos resultados foi uma geometria bastante contra-intuitiva, mas Saccheri não foi capaz de mostrar que ela fosse inconsistente, isto é, que acarretasse contradições. Essa situação aponta para uma limitação do método axiomático, como no caso da escolha dos termos primitivos" (MANHOLI, 2010, p.92).

Daí a razão pela qual "embora tenha origem na filosofia e constitua um ramo da matemática, a lógica simbólica proposicional é uma das possíveis diretrizes para o estudo do significado" (MARQUES, 2001, p.84). Em sentido parelho, ainda sobre a relação entre o estudo da lógica e o estudo das linguagens Manholi escreve:

> (...) o estudo da lógica também está – como talvez também o estejam todas as áreas do saber – estritamente vinculado ao estudo da linguagem. Tanto é isso verdade, que a lógica é normalmente estudada como um conjunto de sistemas, assim com o cálculo proposicional e o cálculo de predicados, que podem ser considerados como linguagens. Além disso, cada um desses sistemas é, normalmente, estudado mediante o uso de um instrumental de análise, conhecido como semiótica, tradicionalmente empregado no estudo das línguas naturais, como o português. (MANHOLI, 1999, p.8)

Como se depreende do que restou consignado até agora, a aplicação da lógica é fértil terreno da filosofia da linguagem e do direito. Na sequência versar-se-á sobre o assunto central do trabalho, a saber, a aplicação da TVM no direito como forma de otimização do processamento de linguagem natural em sistemas legais.

2. Teorias da verdade

Como é sabido, a par de a sintaxe estabelecer as propriedades estruturais de uma linguagem L, a semântica em geral (formal ou informal) busca um procedimento para atribuir significado a qualquer expressão de L. Em síntese, em relação à linguagem, "podemos estar interessados em estudar suas relações com o mundo externo a ela, mas também podemos querer estudar sua estrutura interna, e os problemas que encontramos aí" (MANHOLI, 1999, p.13); no primeiro caso, fala-se em semântica; no segundo sintaxe[86].

A teoria da verdade, ao contrário do que possa parecer, não é uma parte da teoria do conhecimento (ou epistemologia), mas sim uma parte da lógica. Isso se deve ao fato de que o objetivo da teoria da verdade não é expor os fundamentos da verdade, mas sim propor um significado para a palavra verdade, enquanto predicado semântico. Uma definição de predicado-verdade. Isso é importante, pois, embora nem sempre possamos ter o mesmo rigor que se tem na matemática ou na lógica, é muito útil que consigamos, mesmo na linguagem cotidiana, ter boas definições para os termos que utilizamos[87].

A própria dogmática jurídica, segundo Alexy, comporta três dimensões: analítica, empírica e normativa. A empírica trata da validez e eficácia da norma positivada; a

[86] Tivéssemos interessados em estudar como os utentes da língua se relacionam com ela, estaríamos no campo da pragmática. Da sintaxe, semântica e pragmática têm-se, assim, os três campos da semiótica, definida por CRYSTAL como o estudo dos sistemas de comunicação, quer naturais quer artificiais ('Semiótica'. In: CRYSTAL, 2000, p.234).

[87] É importante aqui que o leitor entenda que as ciências axiomáticas (como a lógica e a matemática) são caracterizadas por possuir dois elementos importantes: [1] a maior parte das sentenças (e termos) das ciências axiomáticas devem ser definidas; [2] a maior parte das sentenças das ciências axiomáticas devem ser provadas. Esse rigor (das ciências axiomáticas) obviamente possui limites. Porém, por ora, o leitor pode encará-lo do modo como acabamos de descrever.

normativa da reflexão crítica da práxis jurídica[88]. No entanto é a dimensão analítica que objetiva dissecar sistemática e conceitualmente o direito vigente. Alexy explica:

> Clareza conceitual, ausência de contradição e coerência são pressupostos da racionalidade de todas as ciências. Os inúmeros problemas sistemático-conceituais dos direitos fundamentais demonstram o importante papel da dimensão analítica no âmbito de uma ciência prática dos direitos fundamentais que pretenda cumprir sua tarefa de maneira racional. (Alexy, 2008, p.38)

A propósito da importância da dimensão analítica para esclarecimento de importantes conceitos, Alexy cita alguns, como os de norma, dever ser, pessoa, ação, sanção e instituição (Alexy, 2003, p.149); a eles - sem dúvida - podemos incluir o de 'verdade'.
Nessa trilha, muitos filósofos e lógicos propuseram definições de verdade. Essas definições não são tão simples quanto parecem, porém, antes de entrar nas dificuldades da definição de verdade, iremos, a título de exemplo, fornecer uma definição para a palavra verdade. Daí a razão pela qual, com Manholi (1999), pode-se dizer que o ponto central da semântica constitui a *teoria da verdade*. Assim Manholi expressou-se: "O conceito de verdade é, como veremos mais adiante, uma noção semântica fundamental, e dar-lhe uma definição formal é algo que diversos estudiosos consideram o principal objetivo da semântica formal" (1999, p.18). Quer-se com isso significar que, a partir da definição do conceito de verdade, fundamental que é, advêm outras noções semânticas como a de estrutura modelo, consequência semântica, validade (ou verdade lógica), contradição e contingência. Manholi afiança-nos ao destacar que "diversas noções semânticas podem ser descritas em termos da noção de verdade" (1999, p.24).
Dito isso, é azado o momento de retomar a noção de verdade como correspondência, cujo núcleo é compreender "a verdade como uma relação entre linguagem e mundo." (MANHOLI, 1999, p.40). Essa noção já era antevista na antiguidade; para Aristóteles, "dizer do que é que ele não é, e do que não é que ele é, é falso, mas dizer do que é que ele é, e do que não é que ele não é, é verdadeiro." (Metafísica, livro Γ, 1011b) Essa relação entre o *dizer* e o que *é* inspira uma concepção correspondencial da verdade. Tarski arriscou adaptar a definição aristotélica a padrões modernos:

> Se quiséssemos nos adaptar à terminologia filosófica moderna, poderíamos talvez expressar essa concepção [de Aristóteles] por meio da conhecida fórmula:
>
> *A verdade de uma sentença consiste em sua concordância (ou correspondência) com a realidade.* (TARSKI, 2007, p.160, esclareceu-se entre colchetes)

Cá chegados, revela-se importante explicitar os contornos gerais das intuições de Russell presentes na teoria correspondencial da verdade com outras teorias da verdade, especialmente a teoria coerentista, teoria pragmatista e teoria consensualista.
Como destaca Haack, "tanto Russell quanto Wittgenstein, durante seus períodos de 'atomismo lógico', deram definições de verdade como a correspondência de uma

[88] Para maior detalhamento a respeito das dimensões da dogmática, especialmente da empírica e da normativa, cf. Alexy, 2008, p.34 e ss.

proposição com um fato" (2002, p.133). Entretanto, antes de aprofundar essas intuições sobre a definição de verdade no sentido correspondencial, convém dizer que alguns conceberam a verdade como relação de coerência entre enunciados de um sistema; outros ainda assumem teorias pragmatistas da verdade; há ainda os adeptos da teoria consensual da verdade.[89]

Nesse sentido, quando se fala numa teoria coerencial ou coerentista da verdade quer-se referir a valores de verdade exclusivamente a partir de um sistema de linguagem, por intermédio da relação de coerência entre proposições. Trata-se de uma definição não-semântica, porque - ao contrário do que ocorre na teoria correspondencial[90] - não existe relação entre linguagem e algo que lhe é externo, mas apenas entre proposições de um dado sistema de linguagem[91] (HAACK, 2002, p.137). Assim, a proposição na teoria coerencial assume o valor de verdade em determinado sistema de linguagem L. Não havendo contradições no sistema, todas as proposições serão verdadeiras. Ou seja, não se faz possível afirmar o valor de verdade na proposição sem ter como referência determinado sistema e essa proposição será falsa ou verdadeira se não houver nenhuma incoerência no sistema da qual ela faça parte.[92] Isso implica que uma proposição pode ser verdadeira em um determinado sistema e falsa no outro, desde que não gere contradição no primeiro. A crítica de Russell à teoria da verdade como coerência reside o ponto de que a verdade de um sistema científico tem o mesmo valor da verdade de um conto de fadas (HAACK, 2002, p.139)[93].

Doutro lado, já a teoria pragmática da verdade propõe a substituição da noção de verdade pela noção de utilidade. Sendo assim, é verdadeira aquela proposição que possui alguma utilidade para o fim em relação ao qual ela foi enunciada. "Assim, a abordagem dos pragmatistas à verdade era a de perguntar que diferença faz se a crença é verdadeira" (HAACK, 2002, p.140). Consectário disso é que determinada proposição P pode ser verdadeira e falsa ao longo do tempo, ou seja, ela pode ser verdadeira em uma determinada época e falsa em outra, assim como ela pode ser falsa em uma determinada época e verdadeira em outra. Exemplo disso é a astronomia ptolomaica que antes era útil para descrever a posição dos planetas e, portanto, verdadeira e hoje em dia ela é inútil, portanto, falsa.

[89] Para uma visão bem completa e resumida das teorias da verdade, v. HAACK, 2002, pp.127 e ss. e DALLAGNOL, 2015, pp.36 e ss.

[90] Na teoria correspondencial em que existe essa relação linguagem-mundo; uma atribuição, uma função entre linguagem e mundo - daí a semântica. A semântica seria exatamente isso, então, a semântica é a atribuição de um determinado fato a uma determinada linguagem, um determinado estado de coisa a uma determinada linguagem, uma determinada proposição.

[91] Teorias como a coerencial da verdade são chamadas teorias *internalistas*, justamente porque a noção de verdade se dá na relação interna à linguagem (MANHOLI, 1999, p.30).

[92] Essa afirmação conduz à conclusão de que não é possível na teoria coerencial analisar-se o valor de verdade em uma proposição, mas apenas de todo o sistema. Logo, ainda que uma dada proposição x não esteja em contradição com nenhuma outra proposição desse sistema, havendo alguma proposição y em contradição com outra z, então todo o sistema será falso e por consequência, também, a proposição objeto da análise.

[93] Taruffo consignou: "Al respecto, es válida la objeción, verdaderamente destructiva, de que narraciones coherentes pueden ser falsas o no tener pretensión alguna de verdad (como sucede con las novelas), de forma que no parece que la coherencia de la narración determine su veracidad." (TARUFFO, 2005, p.174)

Acerca dessas teorias da verdade, Dallagnol destacou:

> De fato, consensualismo e pragmatismo podem levar a que se confira um peso maior a uma dada proposição, ou aos efeitos de tal proposição (mesmo que seja falsa sob a perspectiva da correspondência), do que à evidência que existe referente à mesma proposição. Coerentismo pode apoiar uma proposição falsa que é coerente com um sistema de crenças impregnado com crenças falsas que são coerentes entre si. Para a teoria da verdade como correspondência, a proposição de que o réu cometeu o crime é verdadeira se e somente se o réu cometeu o crime.(DALLAGNOL, 2015, p.38)

Há outrossim a teoria consensualista da verdade, segundo a qual a verdade de uma proposição há de ser definida no consenso racional sobre ela (DALLAGNOL, 2015, p.37). Habermas consignou a seguinte dificuldade da teoria da verdade como correspondência: "Por certo, no paradigma linguístico, a verdade de um enunciado não pode mais ser compreendida como correspondência com algo no mundo, pois do contrário teríamos de 'sair da linguagem' por meio da linguagem" (HABERMAS, 2004, p.242). Para esse filósofo:

> É 'verdadeiro' o enunciado que poderia ser justificado sob condições epistêmicas ideais (Putnam) ou que, numa situação de fala ideal (Habermas) ou numa comunidade de comunicação ideal (Apel), poderia encontrar um acordo obtido pela argumentação. (HABERMAS, 2004, p.251)

Destarte, para a teoria consensualista da verdade, "é verdadeiro aquilo que pode ser racionalmente aceito em circunstâncias ideais." (HABERMAS, 2004, p.251) Noutras palavras, é o consenso racional entre os concernidos que haveria de produzir o que deveria ser aceito como verdade.[94]

De outro quadrante, quanto à teoria da verdade como correspondência, isto é, da relação de correspondência entre fatos e proposições, Manholi chama a atenção para a obra *Filosofia do Atomismo Lógico* de Russell (MANHOLI, 1999, p.31). Segundo Russell, o mundo é composto de fatos, um fato se diferencia de um crença ou de uma proposição, o fato é justamente aquilo que faz com que a proposição ou a crença seja verdadeira ou falsa (RUSSELL, 1974, p.62). Um fato então é mais que uma coisa, ele é sempre uma coisa com alguma propriedade (qualidade) ou uma relação entre coisas (RUSSELL, 1974, p.62). Um fato nunca é um indivíduo; nem mesmo é fato a qualidade de existir desse

[94] A propósito, Taruffo observou: "Tampoco la concepción *consensualista* de la verdad, que se ha hecho popular en los últimos anos, en especial debido a Habermas y a los modos imitativos que sus escritos han suscitado, está en realidad en conflicto con la posibilidad de que el proceso se remita a una verdad de los hechos entendida como correspondencia con la realidad empírica. En efecto, no debería olvidarse que (aparte de alguna sospecha de circularidad no irrelevante) Habermas habla de consenso racional, es decir, del consenso que se produce (o debería producirse) sobre la base de criterios considerados racionales en un determinado contexto. De aquí se deriva una indicación importante en el sentido de la relativización de la idea de verdad y de su reconducción bacia la dinámica de la comunicación social; se deriva también, no obstante, que el consenso que constituye la verdad no es la mera adhesión 'de hecho' de un auditorio cualquiera a alguna afirmación y tampoco una reacción subjetiva ante una comunicación.Dado que el consenso está referido a criterios racionales, son estos criterios los que devienen determinantes para la identificación de un concepto apropiado de verdad. No obstante, dado que Habermas no los identifica analíticamente, permanece la posibilidad de que aquéllos sean definidos *sobre labase del contexto,* de forma que el discurso vuelve a las consideraciones realizadas más arriba." (TARUFFO, 2005, p.175)

indivíduo, porque existir não é uma propriedade. "O que chamo um fato é a espécie de coisa que se expressa por uma sentença inteira, não por um nome simples como 'Sócrates'." (RUSSELL, 1974, p.63)

Com efeito, se *palavras* de uma proposição simbolizam objetos, *proposições* significam (expressam) fatos, ou seja, denotam um determinado estado de coisas.[95] A proposição, portanto, simboliza objetos e suas propriedades ou relações entre objetos: "Expressamos um fato, por exemplo, quando dizemos que uma certa coisa tem uma determinada propriedade, ou que tem uma certa relação com outra coisa; mas a coisa que tem a propriedade ou a relação não é o que chamo um 'fato'." (RUSSELL, 1974, p.63)

Para cada fato existem duas proposições, uma verdadeira e uma falsa. Por exemplo, 'Caim matou Abel' é uma proposição que se refere a um estado de coisas (relação entre dois irmãos). Se essa proposição for verdadeira, então a proposição 'não é o caso que Caim matou Abel' é falsa (princípio do terceiro excluído). Russell quer significar que para a relação binária matar alguém entre Caim e Abel duas proposições existem: uma afirma que Caim matou Abel e a outra o contrário. Uma delas apenas é verdadeira. Mas o que determina a verdade/falsidade dessas proposições? Para Russell, a correspondência com o fato de ter Caim matado ou não Abel. Noutras palavras, correspondendo a um fato, é verdadeira a proposição; não o fazendo, ela é falsa[96]. E por fato não se entenda *o fato em si*, mas um estado de coisas que pode ser *observado*. Eliminam-se, assim, resquícios metafísicos na verdade como correspondência.

Como escreveu Wittgenstein: "Compreender uma proposição, quer dizer, saber qual é o caso, se ela é verdadeira. (Pode-se compreendê-la sem saber se ela é verdadeira.) Compreendemo-la se compreendemos as suas partes constituintes." (WITTGENSTEIN, 2008, 4.024) Assim, "fato é aquela espécie de coisa que torna verdadeira ou falsa uma proposição" (RUSSELL, 1974, p.70). Corolário disso é que não existem fatos falsos, mas apenas proposições falsas: "existem, obviamente, duas proposições que correspondem a todos os fatos, uma verdadeira e uma falsa. Não existem fatos falsos, de tal forma que não podemos obter um fato para cada proposição, mas somente para todo par de proposições." (RUSSELL, 1974, p.84)

Cumpre dizer que para ser verdadeira ou falsa é necessário que a proposição ao menos reporte-se a uma propriedade aplicada a um objeto ou a uma relação entre objetos. Tais proposições são *significativas*. *Não significativas* são aquelas que careceriam de sentido, por exemplo as sentenças sintaticamente inválida ('César e é.') ou logicamente inválida

[95] Em um sentido mais rigoroso, pode-se dizer com Manholi: "Um estado-de-coisas, então, será entendido como uma organização de átomos, que envolverá uma relação de grau n, isto é, que relaciona n objetos, para qualquer número natural n, mais os n objetos. O estado-de-coisas então é a organização, ou a disposição em que os n objetos se encontram em uma relação de grau n." (MANHOLI, 2004, p.50)

[96] As proposições da lógica correspondem a fatos completamente gerais (RUSSELL, 1974, p.64). Russell exemplifica "se uma classe é parte de outra, um termo que é membro da primeira é também um membro da outra" (RUSSELL, 1974, p.64). Segundo Russell isso é uma proposição da lógica e ela expressa uma relação sintática. Para Russell "são palavras que expressam simplesmente uma forma ou conexão, não mencionando qualquer constituinte particular a proposição na qual elas ocorrem" (RUSSELL, 1974, p.64). Proposições da lógica e da matemática, por não se referiram a algum estado de coisas com relação aos objetos físicos, não comportam juízo de verdade/falsidade no sentido correspondencial, mas são responsáveis pela delimitação do espaço lógico da linguagem, isto é, elas delimitam o que é ou não pensável.

('*é o caso* e *não é o caso* que Caim matou Abel.')[97]. Sentenças não significativas carecem de sentido (não simbolizam proposições).

Em Russell, a verdade pode ser definida como a correspondência entre uma proposição e um estado de coisas no mundo. Essa definição é bastante simples, se atentarmos para as seguintes definições acessórias: um estado de coisas é, vulgarmente falando, uma relação indivíduos; uma proposição consiste em um pensamento objetivo expresso por uma sentença.

Impende aqui diferenciar sentença e proposição. *Sentença* é qualquer conjunto de palavras arranjadas de acordo com as regras de formação de uma determinada linguagem. Por exemplo, *a neve é branca* é uma sentença do português. *Proposição* é o pensamento expresso pela sentença[98]. O assunto será retomado adiante.

A par disso, frise-se que proposições complexas também admitem valores de verdade (verdadeira/falsa). Russell dirá que não são complexos os objetos que compõem o mundo, senão as proposições que tratam de mais de um fato. Como é que nós conhecemos as coisas? Por familiaridade, ou seja, as coisas são conhecidas na medida em que a elas temos acesso direto ou indireto (por descrição). Por isso só existem dicionários de palavras, não existem dicionários de proposições. Russell exemplifica: o vermelho é difícil definir, é impossível definir o vermelho só se tem acesso ao vermelho por intermédio da familiaridade mostrando algo vermelho (RUSSELL, 1974, p.73). As proposições são entendidas por nós a partir do conhecimento das palavras que as compõem. Note-se, portanto, que se toma conhecimento de uma coisa pela familiaridade; de uma proposição pela análise lógica dessa linguagem. *Análise* é o procedimento de entendimento das proposições. Em síntese, o conhecimento dos nomes advém da familiaridade; das proposições, da análise.

Mas o que seria uma proposição atômica? Proposição atômica é uma proposição que se refere a um fato, isto é, que representa uma relação monádica, diádica, triádica (...) entre particulares. São formadas então por *termos* que, segundo Russell, denotam[99] aquilo que pode ser chamado de particulares: "Particulares = termos de relações em fatos atômicos" (RUSSELL, 1974, p.76). Particulares são veiculados pelas palavras que simbolizam coisas e cujo sentido temos acesso por familiaridade. De modo diverso, a sentença 'Caio é maior que Tício e Tício é pai de Caio' carrega uma proposição molecular, pois abrange duas proposições: (P1) 'Caio é maior que Tício'; (P2) 'Tício é pai de Caio'.[100] Estabelecida

[97] O que se quer dizer é que uma sentença significativa precisa respeitar as regras da sintaxe e da lógica para enunciar algo com sentido, além de exprimir uma propriedade aplicada a um objeto ou uma relação entre objetos. Assim, sentenças inválidas sob o aspecto sintático ou lógico não são significativas. Porém, importa aqui considerar que, *do ponto de vista correspondencial*, sentenças logicamente válidas também não são significativas(!): 'P ou não-P ocorre'; mesmo necessariamente válidas, não são significativas, porque não exprimem nenhuma propriedade aplicada a um objeto tampouco alguma relação entre objetos.

[98] O presente trabalho compartilha da posição segundo a qual os portadores de verdade são as proposições, não as sentenças. O tema, entretanto, não é pacífico, está longe disso. Para que o leitor interessado saiba mais sobre o problemas dos portadores de verdade (sentenças, proposições ou proferimentos), reportamo-nos aos itens 2.2 e 2.3 de MANHOLI, 2004, p.24 e ss.

[99] Importante frisar: termos *não são* particulares; termos *denotam* particulares.

[100]Russell ainda trata discutir a questão dos nomes próprios (RUSSELL, 1974, p.77). Cuida-se de discussão bem complexa. Russell defende que as únicas palavras a expressar nomes no sentido lógico são as palavras

a verdade das proposições atômicas, pode-se chegar à verdade das proposições moleculares por intermédio da análise lógica da linguagem. A lógica que permite a decomposição da linguagem em estruturas atômicas (linguagem) que correspondem a objetos simples (do mundo)[101]. No exemplo acima, a proposição molecular apenas será verdadeira se os dois fatos ocorrerem: (F1) Caio possui a relação binária 'ser maior que' com Tício e (F2) Tício está na relação binária 'ser pai de' com Caio. Russell exemplifica a proposição 'p' ou 'q' sendo 'p' e 'q' proposições atômicas. A proposição 'p' ou 'q' será falsa se 'p' e 'q' forem falsos e será verdadeira em todos os outros casos. Vale dizer, se uma das proposições 'q' ou 'p' for verdadeira, então a proposição molecular 'q' ou 'p' será verdadeira (RUSSELL, 1974, p.85).[102]

Se o leitor compreendeu essas definições, fica clara a Teoria da Verdade de Russell, porém, apesar dessa teoria parecer uma trivialidade, há, como já mencionamos, problemas com as teorias da verdade. Que problemas seriam esses? Os problemas com a teoria da verdade estão relacionados com os chamados paradoxos semânticos. Esses paradoxos, como mostrou Tarski (2006), são uma decorrência do fato de que em muitos casos a noção de verdade é definida na própria linguagem para a qual se está definindo verdade. Para que isso fique mais claro, o leitor pode pensar que se fôssemos dar uma definição de verdade para a língua portuguesa, o nosso primeiro impulso seria usar a própria língua portuguesa para fornecer essa definição de verdade. Isso, no entanto, permite que construamos sentenças do seguinte tipo: 'esta sentença é falsa'. O problema com esse tipo de sentença consiste no fato de que há o aparecimento de uma contradição: se 'esta sentença é falsa' for verdadeira, então ela é falsa, e se tal sentença for falsa, então ela é verdadeira.

'isto' ou 'aquilo' (RUSSELL, 1974, p.78). Interessante embora, o desenvolvido do ponto não é essencial ao tema aqui discutido.

[101] O princípio da composicionalidade é aquele "de acordo com o qual o significado, ou denotação, de uma sentença, é uma função do significado de suas partes, e de como elas se compõem. Como o significado das partes atômicas de uma sentença qualquer das linguagens em questão são valores-verdade, segue-se que o significado de qualquer sentença é também um valor-verdade, que é uma função dos valores-verdade das partes de tal sentença, e de como ela é composta." (MANHOLI, 1999, p.24) Embora Manholi no trecho citado refira-se à linguagens formais, não há nada que no particular impeça a aplicação da ideia a trechos da linguagem natural com sintaxe definida, inclusive essa é a proposta geral do trabalho do autor, cujo título é 'Semântica formal aplicada a linguagens naturais' (v. bibliografia).

[102] Duas outras questões interessantes são colocadas por Russell, mas que não serão discutidas aqui: o fato psicológico e o fato negativo. Primeiro, quanto ao fato psicológico, por exemplo, acredito que 'Sócrates é mortal', Sócrates é mortal é uma proposição atômica, quando eu acrescento acredito que Sócrates é mortal, para o Russell, isso não faz com que ela seja molecular, ela continua sendo uma proposição atômica, no entanto, com dois verbos: acreditar (i) e ter a propriedade de ser mortal (ii). Há uma questão em relação ao valor de verdade desse tipo de proposição, porque ela não está na dependência de Sócrates ser ou não mortal, mas na dependência de eu realmente acreditar ou não que a proposição 'Sócrates é mortal' é verdadeira (RUSSELL, 1974, pp.84-85). "Tomemos a afirmação 'Está frio'. Esta afirmação é subjetiva porque equivale a dizer 'Penso que está frio'. Mas afirmar 'A Terra está no centro do universo' é muito diferente de afirmar 'Penso que a Terra está no centro do universo'. A primeira afirmação é falsa; mas a segunda pode ser verdadeira. De fato, era verdadeira para muitas pessoas na Idade Média." (CARNIELLI; EPSTEIN, 2011, p.18) De outro lado, como se apuraria o valor de verdade da proposição negativa, isto é, daquela que afirma não corresponder a nenhum fato. A proposição 'não é o caso que Sócrates é mortal' só é verdadeira quando um fato corresponder à sua contrária, ou seja, como se fosse uma atribuição de verdade invertida.

É, justamente, na tentativa de lidar com esse e com outros tipos de paradoxo que Tarski propôs a sua teoria da verdade: a concepção semântica da verdade. Essa teoria é caracterizada, principalmente, por propor uma série de condições para que se defina verdade. Essas condições se dividem em dois tipos: condições de adequação material; condições de consistência formal.

Iremos a partir de agora comentar esses dois tipos de condições[103], começando, obviamente, pelas condições de adequação material. Essas condições visam fazer com que a teoria da verdade (a definição de verdade) fale sobre a verdade e não sobre qualquer tipo de coisa. Para garantir isso, Tarski propõe que uma definição de verdade deve implicar todas as instâncias do seguinte esquema: X é verdadeiro, se e somente se, p. Esse esquema deve ser entendido da seguinte maneira: do lado esquerdo (da forma 'X é verdadeiro se, somente se, p'), tem-se o nome de uma sentença, e do lado direito, tem-se a própria sentença.

Dito isso, podemos encerrar o que tínhamos a dizer a respeito da adequação material imposta por Tarski. Sendo assim, podemos passar às condições de consistência formal. A primeira dessas condições impõe que a definição de verdade seja dada em uma linguagem com uma estrutura especificada:

> Há certas condições gerais sob as quais se considera que a estrutura de uma linguagem está exatamente especificada. Assim, para especificar a estrutura de uma linguagem, devemos caracterizar sem ambigüidade a classe das palavras e expressões que serão consideradas significativas . Em particular, devemos indicar todas as palavras que decidimos usar sem definição, e que são chamadas *'termos não definidos (ou primitivos)'* , e apresentar as chamadas *regras de definição* para introduzir termos definidos ou novos. Além disso, devemos estabelecer os critérios para distinguir , na classe de expressões, aquelas denominadas '*sentenças*'. Finalmente, devemos formular as condições sob as quais uma sentença pode ser *afirmada*; em particular, devemos indicar todos os *axiomas*(ou *sentenças primitivas*), isto é, as sentenças que decidimos afirmar sem prova. E devemos fornecer as chamadas *regras de inferência* (ou *regras de demonstração*) por meio das quais podemos deduzir novas sentenças, afirmadas a partir de outras sentenças previamente afirmadas. Os axiomas, assim como as sentenças deles deduzidas por meio de regras de inferência, são chamados '*teoremas'* ou ' *sentenças demonstráveis*'. (TARSKI, 2006, p.165-166)

Essa citação informa os parâmetros que uma linguagem deve seguir para ser considerada uma linguagem com estrutura especificada. Esses parâmetros são fundamentalmente os seguintes: primeiro, deve haver na linguagem (com estrutura especificada) um conjunto de termos primitivos que não são definidos e a partir dos quais se pode definir os demais termos; segundo, dever haver regras de definição, ou seja, regras que nos permitem definir

[103] Iremos agora iniciar uma exposição das condições que Tarski impõe para uma teoria da verdade. Nosso objetivo com isso, porém, não é expor a teoria da verdade de Tarski: iremos apenas expor as condições propostas por Tarski pelo fato de que a teoria da verdade de Manholi irá, de alguma forma, ter de lidar com tais condições.

termos a partir de outros termos; terceiro, deve haver critérios para que se possa saber o que é uma sentença; quarto, deve haver axiomas, ou seja, sentenças que podem ser afirmadas sem provas; quinto, devemos propor as regras de dedução, ou seja, as regras, por meio das quais podemos raciocinar e deduzir sentenças a partir de sentenças.

Com essa última afirmação, encerramos o que tínhamos a dizer sobre a primeira condição de consistência formal proposta por Tarski. Sendo assim, podemos passar à segunda condição proposta por Tarski:

> Uma vez que concordamos em não empregar linguagens semanticamente fechadas, temos de empregar duas linguagens diferentes ao discutir o problema da definição de verdade e, de forma mais geral, de quaisquer problemas no campo da semântica. A primeira dessas linguagens é a linguagem 'a cujo respeito se fala', e que é o assunto de toda a discussão. A definição de verdade que estamos buscando se aplica a sentenças dessa linguagem. A segunda é a linguagem na qual 'falamos a respeito' da primeira, e em termos da qual desejamos, em particular, construir a definição de verdade para a primeira linguagem. Vamos nos referir à primeira linguagem como '*a linguagem-objeto'* e à segunda como *'a metalinguagem'*.(TARSKI, 2006, p.170)

A citação, em linhas gerais, propõe que a definição de verdade (proposta por Tarski) deve ser construída por meio de duas linguagens: a primeira linguagem é chamada de linguagem-objeto, e constitui-se na linguagem para qual se está definindo verdade; a segunda linguagem é chamada de metalinguagem, e constitui-se na linguagem na qual se fala da primeira (linguagem). Tarski, pois, propõe uma hierarquia entre a metalinguagem (pela qual se fala) e a linguagem-objeto (da qual se fala).

Dito isso, encerramos o que tínhamos a dizer sobre a segunda condição de consistência formal proposta por Tarski. Sendo assim, podemos passar à terceira condição: a terceira condição consiste em uma série de prescrições à metalinguagem. Essas prescrições são as seguintes: [1] a metalinguagem deve conter a linguagem-objeto como uma parte sua; [2] "a metalinguagem deve ser rica o suficiente para prover possibilidades de construção de um nome para cada sentença da linguagem-objeto" (TARSKI, 2006, p.171); [3] a metalinguagem deve conter termos de caráter lógico geral, tais como a expressão 'se, e somente se'; [4] é "desejável que a metalinguagem não contenha nenhum termo não-definido" (TARSKI, 2006, p.171).

Com isso, encerramos a exposição da terceira condição de consistência formal. Sendo assim, podemos passar à quarta condição:

> Fizemos implicitamente a pressuposição de que a linguagem na qual a antinomia é construída contém, além de suas expressões, os nomes para essas expressões, assim como termos semânticos tais como *'verdadeiro'*, referindo-se a sentenças dessa linguagem. Também pressupomos que todas as sentenças que determinam o uso adequado desse termo podem ser afirmadas na linguagem. Uma linguagem com essas propriedades será chamada *'semanticamente fechada'*. (TARSKI, 2006, p.168)

Essa citação define aquilo que Tarski entende como sendo uma linguagem semanticamente fechada. A principal característica desse tipo de linguagem consiste no fato de que permite que se construa sentenças problemáticas como aquela que exemplificamos acima: uma linguagem semanticamente fechada é caracterizada, principalmente, por possuir predicados semânticos como 'verdadeiro' aplicáveis a suas próprias sentenças. Mediante essa situação, Tarski propõe que a linguagem-objeto de sua definição de verdade não pode ser uma linguagem semanticamente fechada. Isso significa que a linguagem-objeto da definição de Tarski deverá ser uma linguagem formal tal qual as linguagens da lógica e da matemática.

Com essa última afirmação, encerramos o que tínhamos a dizer sobre a quarta condição de consistência formal. Dessa forma, podemos passar à quinta condição: a quinta condição de consistência formal consiste naquilo que Tarski chama de riqueza essencial da metalinguagem; essa "riqueza essencial" significa que a metalinguagem deve conter variáveis de um tipo lógico superior aos da linguagem objeto.

Feito esse último comentário, podemos encerrar a exposição da quinta condição de consistência formal. Isso também encerra a totalidade das condições propostas por Tarski. Com esse encerramento, podemos passar à consideração da TVM.

3.Teoria da verdade de Manholi (TVM)

Para expor essa teoria começaremos considerando as intuições básicas por trás da teoria: antes de entrarmos propriamente no modo como Manholi lida com as condições impostas por Tarski, serão expostas algumas intuições de base da TVM.

A primeira dessas intuições já foi mencionada e consiste no seguinte: o conceito de verdade, tal como Manholi o define, é aplicado a proposições e não a sentenças. O que isso significa? Para responder essa questão, precisamos introduzir o conceito de sentido de uma sentença[104]. Esse conceito foi proposto por Frege (2009), e consiste no seguinte: o sentido de uma sentença consiste na informação objetiva expressa pela sentença. Para que o leitor entenda isso, precisaremos recorrer a exemplos[105]: considere-se as sentenças 'a neve é branca' e 'the snow is white'. A primeira é do português; a segunda do inglês. Têm-se, pois, duas sentenças para um mesmo pensamento: neve tem a propriedade de ser branca (MANHOLI, 2004, p.27). Normalmente, quando observamos essas sentenças, estamos dispostos a admitir que tais sentenças, embora estejam em línguas diferentes, transmitem a mesma informação. É justamente esse tipo de informação que Frege (2009) chamou de sentido de uma sentença: para Frege, o sentido de uma sentença constitui-se em uma informação objetiva expressa pela sentença; essa informação objetiva não se

[104] É importante mencionar que a teoria de Manholi (TVM) aplica-se apenas a sentenças de linguagens utilizadas para transmitir informação objetiva: sentenças declarativas. É importante lembrar que, além desse tipo de sentença, uma linguagem qualquer pode produzir diversos outros tipos de manifestação com os mais diversos usos (fazer pedidos, perguntar, dar ordens etc.).

[105] O exemplo ao qual vamos recorrer foi inspirado no próprio texto de Manholi (2004).

confunde com o pensamento subjetivo que se passa na mente daquele que ouviu ou daquele que emitiu a sentença. A informação objetiva, segundo Frege, faz parte de "um tesouro comum de pensamentos, que é transmitido de uma geração para outra" (FREGE, 2009, p.134). A relação monádica entre a neve e uma propriedade reflete pensamento objetivo (sentido) que poderia ser mais precisamente descrito assim: para qualquer indivíduo x, se esse indivíduo é neve, então tem a cor branca. Duas sentenças, uma proposição.

A partir dessas afirmações, podemos explicar o que queríamos dizer quando afirmamos que o conceito de verdade, tal como Manholi o define, é aplicado a proposições: proposição é o nome dado ao sentido fregeano expresso pelas sentenças, de modo que podemos dizer que, em Manholi, o conceito de verdade é aplicado a tal sentido[106].

Dito isso, podemos encerrar a exposição referente à primeira das intuições básicas por trás da TVM. Sendo assim, podemos passar à segunda intuição. Tal intuição afirma que as proposições são os portadores de verdade, e que "cada proposição possui um e apenas um valor de verdade" (MANHOLI, 2004, p. 47). Essa intuição pode, de maneira mais formal, ser expressa da seguinte maneira: "a união da extensão do predicado ´é verdadeira' com a extensão do predicado 'é falsa' é igual ao conjunto das proposições, e que a interseção dessas duas extensões é vazia" (MANHOLI, 2004, p.47).

A respeito dessa afirmação, é interessante notar que, em respeito ao princípio do terceiro excluído, TVM não admite proposições sem valor de verdade. Isso, inclusive, é facilitado pelo fato de que o conceito de verdade, em Manholi, é aplicado a proposições: uma "proposição, por sua própria natureza, é sempre verdadeira ou falsa" (MANHOLI, 2004, p. 48)[107].

Com essa afirmação, podemos encerrar a exposição referente à segunda das intuições. Assim, podemos passar à terceira intuição: dentro da TVM, as sentenças, além de expressarem um sentido, designam um estado de coisas passível de estar no mundo. Isso significa que, assim como em Frege (2009), as sentenças da teoria de Manholi possuem sentido e referência; a referência de uma sentença constitui-se no elemento externo à linguagem que é designado por tal sentença (trata-se de um estado de coisas passível de estar no mundo)[108].

Com essa última afirmação, pode-se encerrar a exposição da terceira intuição presente na TVM. Com isso, encerra-se também a exposição referente às intuições básicas por trás da teoria de Manholi. Sendo assim, podemos passar finalmente à exposição daquilo que há

[106] Em uma terminologia mais rigorosamente fregeana, podemos dizer que o conceito de verdade, tal como Manholi o define, é aplicado ao pensamento expresso pelas sentenças.

[107] É importante que o leitor tenha em mente aqui que, como já dissemos, a noção de 'proposição' se refere ao sentido expresso por uma sentença, de modo que: enquanto uma sentença pode não ter sentido (pode não expressar uma proposição) e, consequentemente, não possuir uma valor de verdade, uma proposição (que é o próprio sentido) sempre terá um valor de verdade.

[108] É interessante notar que, a respeito da referência, a teoria de Manholi destoa um pouco daquilo que pensava Frege (2009). Para esse filósofo a referência de uma determinada sentença é o próprio valor de verdade da sentença. Existem muitas boas razões para Manholi divergir disso, porém, para os fins deste trabalho, iremos apenas mencionar a seguinte razão: dizer que as sentenças designam estados de coisas passíveis de estar no mundo é mais intuitivo do que dizer que tais sentenças designam um valor de verdade.

de mais importante na TVM: trata-se do modo como tal teoria lida com o paradoxo ligado às teorias da verdade, e o modo como tal teoria lida com as condições impostas por Tarski.
Na exposição desses elementos da TVM, podemos começar lembrando da condição de adequação material proposta por Tarski: como vimos, Tarski defende que uma teoria da verdade deve implicar todas as instâncias do esquema 'X é verdadeiro se, e somente se, p'. Não é difícil que o leitor perceba que a definição (de verdade) de Manholi se enquadra facilmente nesse esquema: a definição de Manholi – que, a princípio, tem as mesmas intuições de base que a de Russell– não diz nada além de "a verdade é a correspondência entre uma proposição e um estado de coisas no mundo"; não é difícil ver que essa definição enquadra-se facilmente no esquema proposto por Tarski.
Sendo assim, podemos tranquilamente dizer que a teoria de Manholi é materialmente adequada, e, com isso, devemos passar direto à consideração do modo como tal teoria lida com as condições de consistência formal propostas por Tarski.
Sobre essas condições, é necessário dizer que a teoria de Manholi exibe discordâncias com relação a Tarski: Manholi, divergindo de Tarski, propõe que é possível construir uma definição de verdade para linguagens naturais (como o português, o inglês etc.); essas linguagens são, pelo menos inicialmente, caracterizadas por possuírem inúmeros problemas como o fato de serem semanticamente fechadas e não possuírem uma estrutura especificada.
Dentro dessa perspectiva, Manholi terá de mostrar que as condições de consistência formal propostas por Tarski não são, em sua maioria, necessárias[109]. Para mostrar isso, Manholi apresenta na TVM uma definição de verdade para uma linguagem semanticamente fechada sem incidir, comprovadamente, nos paradoxos semânticos conhecidos. Para tanto, o lógico brasileiro lidou, principalmente, com dois problemas: [1] o problema de trabalhar com uma linguagem que não possui estrutura especificada (a linguagem natural)[110]; [2] o problema de lidar com paradoxos semânticos que decorrem do fato de as linguagens naturais serem semanticamente fechadas.
A partir de agora, iremos considerar o modo como a TVM lida com cada um desses dois problemas.[111]
No que diz respeito ao primeiro problema, Manholi, seguindo Davidson, propõe a seguinte solução: uma vez que as linguagens naturais não possuem uma estrutura especificada, não é possível definir verdade (para essas linguagens) de modo direto; apesar disso, pode-se definir verdade (para as linguagens naturais) de maneira indireta. De fato, a objeção de que a ausência de estrutura sintática exatamente especificada inviabilizaria o mecanismo recursivo necessário para o concepção da semântica formal

[109] Note-se que Manholi não sustenta nenhum equívoco na concepção semântica da verdade de Tarski. Este último definiu verdade para linguagem semanticamente aberta de modo perfeito, matematicamente demonstrado. O que a TVM comprova é que Tarski não precisaria impor tal nível de restrição; é possível definir de modo consistente 'verdade' também para linguagem semanticamente fechada.
[110] Não é difícil ao leitor perceber que as linguagens naturais não possuem uma estrutura especificada no sentido de Tarski. Não há nenhuma regra formal para determinar se uma dada sequência de palavras de um dicionário de português forma uma sentença legítima da língua portuguesa.
[111] Para lidar com esses problemas, Manholi faz uso das ideias de Davidson e Kripke; iremos, a partir de agora, fazer uma exposição extremamente simplificada dessas ideias.

(modo direto) foi rechaçada a partir do procedimento de tradução ou mapeamento da linguagem natural sobre a formal (modo indireto), estabelecendo entre elas uma função bijetora, donde se seguiria uma semântica formal por via indireta, já que a semântica formal já foi estabelecida pelo próprio Tarski. Como se faz isso? Para se definir verdade (para as linguagens naturais) de modo indireto faz-se uso do seguinte procedimento: cria-se uma linguagem formal suficientemente poderosa para se traduzir parte ou a totalidade das linguagens naturais, e, a partir daí, cria-se um procedimento formal[112] que permita que se traduza cada fragmento da linguagem natural para tal linguagem formal.

Se esse procedimento puder ser realizado[113] fica fácil definir verdade indiretamente: se, se quiser definir verdade para uma linguagem natural, define-se verdade para aquela linguagem formal para qual se pode traduzir tal linguagem natural; essa linguagem formal certamente terá uma estrutura especificada, de modo que o problema fica resolvido.

Dito isso, pode-se encerrar a exposição referente ao modo como a TVM lida com o primeiro problema que devia enfrentar para definir verdade para as linguagens naturais. Sendo assim, é possível passar à consideração do modo como a mencionada teoria lida com o segundo problema: a definição de verdade em linguagens semanticamente fechadas sem incidir em paradoxos semânticos. Nesse contexto, a TVM fará uso de um procedimento desenvolvido por Saul Kripke.

Vale lembrar que para Tarski o grande problema dos paradoxos semânticos nas linguagens desse tipo era decorrente de circularidade semântica que elas admitem: a possibilidade de falar sobre o conceito de verdade (a semântica) delas próprias[114]. Essa circularidade estará presente sempre que a linguagem tiver seu próprio conceito de verdade. Kripke discordou. Para este último, o problema dos paradoxos semânticos tem origem em sentenças que ele chamou infundadas.

Nesse quadrante, oportuno é o momento para descortinarmos duas importantes noções propostas por Kripke: as noções de sentença fundada e de sentença infundada. A primeira dessas noções (sentença fundada) pode ser exposta da seguinte maneira: uma sentença fundada constitui-se em uma sentença em que, possuindo a palavra 'verdade' (ou correlatos) uma ou mais vezes em seu predicado, dá origem a uma sentença sem a palavra 'verdade' quando são excluídos todos os seus predicados constituídos pela palavra 'verdade'. Essa definição, obviamente, é bastante difícil, de modo que precisaremos fornecer um exemplo: considere-se a sentença 'é verdade que é verdade que a neve é branca'. Se, se observar essa sentença, perceber-se-á facilmente que ela é uma sentença que possui a palavra verdade mais De uma vez em seus predicados. Ao observar isso, podemos fazer a seguinte experiência: retirar da sentença ('é verdade que é verdade que a

[112] Quando falamos de um procedimento formal, estamos pensando em um procedimento mecânico e rigoroso (quase algorítmico). Um exemplo desse tipo de procedimento seria uma função de tradução.

[113] Esse procedimento – que, na verdade, é uma proposta de Davidson − é muito difícil de ser realizado na prática. Sendo assim, nós não o realizaremos aqui. De qualquer forma, se o leitor quiser ter uma ideia De como se realiza o procedimento, recomendamos a leitura do trabalho de Manholi (1999).

[114]Observe-se que não há risco de paradoxo a possibilidade de a linguagem falar sobre a sintaxe dela própria (linguagens sintaticamente fechadas); os paradoxos surgem quando a linguagem admite falar sobre sua semântica, daí paradoxos semânticos, não sintáticos. Assim, paradoxos semânticos são causados quando se fala sobre a verdade das sentenças do português em português.

neve é branca') todos os predicados contendo a palavra 'verdade'. Se fizermos isso chegaremos à seguinte sentença: 'A neve é branca'. Perceba-se que essa sentença não possui a palavra 'verdade' de modo que podemos dizer que 'é verdade que é verdade que a neve é branca' constitui-se em uma sentença fundada do modo como definimos.

Dito isso, passemos à consideração da segunda noção proposta por Kripke: uma sentença infundada constitui-se em uma sentença que, possuindo a palavra 'verdade' (ou correlatos) em seu predicado, não dá origem a uma sentença sem a palavra verdade quando todos os seus predicados contendo a palavra verdade são excluídos. Mais uma vez, essa definição necessita de um exemplo. Para tal exemplo, consideremos, primeiramente, a sentença paradoxal que expusemos mais acima: 'esta sentença é falsa'. Se analisarmos essa sentença, podemos dizer que ela é sinônima de outra sentença que diz: 'esta sentença não é verdadeira'. É justamente essa sentença sinônima que iremos usar para a construção de nosso exemplo: considere-se a sentença 'é verdade que é verdade que esta sentença não é verdadeira'. Se o leitor prestar atenção A essa sentença, tal leitor verá que é impossível excluir todos os predicados contendo a palavra verdade (ou correlatos); mesmo que, como fizemos no caso do exemplo anterior, excluíssemos as duas primeiras manifestações da palavra 'verdade', ainda haveria um correlato da palavra verdade na sentença resultante: 'esta sentença não é *verdadeira*'. Veja-se, portanto, como destaca Manholi: "o problema com as sentenças afetadas por esses paradoxos não está no fato de serem circulares, mas no fato de não fazerem justiça ao caráter eliminável do predicado-verdade." (MANHOLI, 2004, p.90) Sendo assim, podemos dizer que 'é verdade que é verdade que esta sentença não é verdadeira' é uma sentença infundada.

Com essa última afirmação, encerramos o que tínhamos a dizer sobre as noções (propostas por Kripke) de sentenças fundadas e infundadas. Qual é a utilidade dessas noções? Para respondermos essa questão devemos nos lembrar de que, como foi dito acima, Tarski acreditava que as linguagens semanticamente fechadas não podem ser alvo de uma definição de verdade por vários motivos dos quais se destaca o fato de as linguagens semanticamente fechadas possuírem *termos semânticos* como 'verdade' ('verdadeiro', 'falso' e etc.) referentes às suas próprias expressões; para Tarski, essa referência dos termos semânticos às próprias expressões é principal fonte de paradoxos nas linguagens naturais.

Se nos lembrarmos disso, podemos começar a entender o porquê das definições de Kripke: Kripke, que nisto é seguido por Manholi, discorda de Tarski naquilo que concerne às causas dos paradoxos semânticos; para Kripke, a verdadeira causa dos paradoxos semânticos, diferentemente do que pensava Tarski, constitui-se na atribuição de valores de verdade às sentenças infundadas. Por que essas sentenças não devem receber valor de verdade? As sentenças infundadas não devem receber valor de verdade porque tais sentenças, se as analisarmos bem, não possuem um conteúdo: se tomarmos a sentença 'é verdade que é verdade que esta sentença não é verdadeira' veremos que tal sentença não aplica o predicado 'verdade' (ou 'verdadeiro') a nada; a sentença que está na base de 'é verdade que é verdade que esta sentença não é verdadeira' é 'esta sentença não é verdadeira', e essa última sentença, ao aplicar o predicado 'não é verdadeira' a si mesma, não está aplicando tal predicado a nenhum conteúdo. Para que o leitor entenda isso

melhor, pedimos que tal leitor considere sentença do primeiro exemplo que fornecemos acima: 'é verdade que é verdade que a neve é branca'. Nessa sentença, o predicado 'é verdade' está sendo aplicado a um conteúdo que se expressa na sentença 'a neve é branca'; por outro lado sentenças como 'esta sentença não é verdadeira' ou 'é verdade que é verdade que esta sentença não é verdadeira' não aplicam a palavra verdade (ou verdadeiro) a conteúdo algum.

A TVM denomina "*cláusula de conteúdo*" a ocorrência de uma proposição sem o predicado-verdade:

> De fato, ao considerarmos uma sentença qualquer em que o predicado-verdade ocorre, normalmente podemos eliminar esse predicado, restando uma ou mais sentenças que podemos chamar de 'cláusula de conteúdo' da sentença original. Essa cláusula de conteúdo pode também conter ocorrências do predicado-verdade e, nesse caso, poderíamos eliminá-lo, restando um conjunto não vazio de sentenças que seria a cláusula de conteúdo da anterior. Por exemplo, na sentença 'é verdade que a neve é branca', a sentença 'a neve é branca' (ou o conjunto unitário que contém essa sentença, se quisermos simplificar o discurso) é a cláusula de conteúdo. Já na sentença 'tudo o que Newton disse é verdadeiro', a cláusula de conteúdo é o conjunto das sentenças que foram proferidas por Newton. Ora, dada a natureza eliminável do predicado-verdade, que consideramos resultar da convenção T, deveríamos poder chegar sempre a uma (ou mais) sentença em que o predicado-verdade não ocorre. Entretanto, é fácil perceber que isso não acontece com sentenças como 'esta sentença é falsa'. O que isso significa, a nosso ver, é que, nessas sentenças, o predicado-verdade não é empregado corretamente, o que torna tais sentenças destituídas de sentido, ou seja, sentenças que não expressam proposição alguma. (MANHOLI, 2004, p.90)

Assim, podemos facilmente resolver paradoxos como 'esta sentença não é verdadeira'[115] não aplicando valor de verdade a sentenças como essa[116]. Dessa forma fica resolvido o segundo problema que havíamos citado acima: a TVM lida com os paradoxos mostrando que tais paradoxos são, na verdade, proposições sem conteúdo, ou seja, proposições que não aplicam o predicado-verdade a algo com conteúdo (violam a cláusula de conteúdo)[117]. Em suma, a origem dos paradoxos semânticos nas linguagens naturais não está no fato de elas falarem de sua própria semântica, tampouco na circularidade que isso admitiria; o problema é decorrente da aplicação do predicado-verdade a sentenças infundadas, violando a cláusula de conteúdo.

[115] Lembrando que 'esta sentença não é verdadeira' é, praticamente, a mesma coisa que 'esta sentença é falsa' (o exemplo que fornecemos no início desta seção).

[116] Perceba-se que 'esta sentença não é verdadeira' só é problemática se aplicamos um valor de verdade a ela: só caímos em contradição quando nos perguntamos se 'esta sentença NÃO é verdadeira' é verdadeira ou falsa; quando percebemos que se trata de uma sentença sem conteúdo (e, consequentemente, sem valor de verdade), a contradição se dissipa.

[117] O leitor deve perceber que essa solução, além de permitir que a verdade seja definida para linguagens naturais, permite também que se elimine (da teoria de Manholi) a necessidade da metalinguagem (com todas as suas exigências) proposta por Tarski.

Com esse último comentário, podemos caminhar para a conclusão desta seção. Antes, porém, de caminharmos diretamente para tal conclusão, julgamos importante trabalhar um último tópico acessório. Tal tópico consiste no seguinte: ao dizer que sentenças como 'esta sentença não é verdadeira' não possuem valor de verdade, Kripke acaba tendo que aceitar, na lógica, uma quebra do princípio do terceiro excluído[118]; Manholi discorda disso, pois para este lógico o princípio do terceiro excluído deve ser respeitado.

Como Manholi defende seu ponto de vista? Para respondermos a essa questão devemos nos lembrar que, na teoria de Manholi, o conceito de verdade é aplicado a proposições. Partindo desse ponto de vista, Manholi considera que sentenças como 'esta sentença não é verdadeira' sequer expressam uma proposição (são sentenças sem sentido). Dessa forma, Manholi pode, tranquilamente, eliminar as sentença paradoxais e conservar o princípio do terceiro excluído.

Com essa última afirmação, podemos encerrar o tópico acessório que queríamos tratar. Sendo assim, podemos, finalmente, encerrar a presente seção. Neste momento de encerramento, gostaríamos apenas de pedir que o leitor tenha em vista que, apesar de ter de lidar com uma série de paradoxos e problemas, o produto da TVM é algo extremamente simples: trata-se, dá já citada à exaustão, definição que diz que a verdade "é a relação entre uma proposição e um estado de coisas no mundo".

Superado isso, impõe-se lançar algumas proposições conclusivas a respeito do estudo da aplicação da TVM ao direito. É o que se verá de agora em diante.

Conclusão

Como já deve ter ficado claro, o objetivo deste texto consiste em divulgar a TVM e propor sua aplicação a sistemas de processamento de linguagens naturais (semanticamente fechadas) em sistemas tecnológicos de produção de discursos jurídicos e aplicação do direito.

Diante dessa situação, poderia surgir uma pergunta: para que o direito precisa de uma teoria da verdade? Para responder a essa questão, devemos nos lembrar da primeira seção de nosso texto; vimos em tal seção que a lógica pode trazer definições que tornem o discurso jurídico e filosófico mais consistente. Dessa forma, de início, a teoria da verdade possui a função de torna o discurso jurídico mais consistente. Porém, o que significa tornar o discurso jurídico mais consistente? Para começarmos a responder a essa questão, devemos lembrar que sistemas formais (objeto de estudo das ciências axiomáticas) devem ter a maior parte dos seus termos definidos, de modo que um termo como 'verdade' não

[118] Em termos simples, o princípio do terceiro excluído afirma que só existem dois valores de verdade: o 'verdadeiro' e o 'falso' (ou o '1' e o '0', em linguagem formal). Kripke acaba tendo que discordar disso e acrescentar um terceiro valor de verdade que deveria ser aplicado a sentenças como 'esta sentença não é verdadeira': trata-se do valor chamado de 'indeterminado' (ou '2', em linguagem formal).

poderia ficar sem definição em um sistema formal[119]. Em vista dessa propriedade dos sistemas formais, veremos que, ainda que a linguagem jurídica não esteja ainda totalmente formalizada, é muito útil que tal linguagem se pareça um pouco com um sistema formal: boas definições para os termos da linguagem jurídica evitam ambiguidades e discussões desnecessárias. Nessa linha de raciocínio, é certo que tornar o discurso jurídico mais consistente significa fornecer definições precisas para tal discurso; é justamente com esse espírito que este trabalho trás a definição de verdade na TVM. Manholi bem pontuou:

> O grande sucesso obtido pelos métodos da semântica formal, quando aplicados às linguagens formalizadas dos sistemas de lógica, tornou desejável que se pudesse ampliar seu pode de aplicação, de modo que pudesse também atingir as línguas naturais, como o português. (MANHOLI, 1999, p.47)

Nesse sentido, Manholi não olvidou que uma semântica formal aplicada a linguagens naturais haveria de resultar no progresso de diversas áreas, notadamente a epistemologia e a filosofia da ciência (MANHOLI, 1999, p.47). "Provavelmente mesmo as ciências em geral seriam beneficiadas, ainda que indiretamente, já que a maioria delas é veiculada em linguagem natural" (MANHOLI, 1999, p.47).

Para além da repercussão com vantagens, no mínimo, em três campos mais ou menos distintos: da linguística, da filosofia e da ciência da computação, no campo do direito não seria diferente. A TVM aplicada no processamento de linguagem natural possibilitará o desenvolvimento de sistemas legais mais poderosos, capazes de formalizar, processar, interpretar e analisar a situação fática apresentada e propor soluções para resolução do conflito.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **La naturaleza de la filosofía del derecho**. *Doxa*, Barcelona, n.26, 2003. Disponível em: <http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/79126620007683940700080/015782.pdf?incr=1>. Acesso em: 05 jul.2016.

[119] Sobre este último parágrafo, julgamos importante acrescentar a seguinte informação: nos sistemas formais não é possível, obviamente, definir todos os termos e provar todas as sentenças; isso porque a definição dos termos de sistemas formais é feita por intermédio de outros termos e, consequentemente, haverá em algum momento termos primitivos que deverão ficar sem definição. O ponto é importante, pois está relacionado com uma possível objeção que alguém poderia fazer a este trabalho: por que não tratar o termo 'verdade' como sendo um termo primitivo sem definição? É possível fornecer uma resposta mais rigorosa a essa questão, porém, para fins desse trabalho, nossa resposta se limitará ao seguinte: primitivos devem ser termos cujo significado é tão claro que dispense definição; certamente este não é o caso do termo ‘verdade’.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. [trad. esp. Teoría de los derechos fundamentales. 2ªed. Tradução de Carlos Bernal Pulido. Madri: Centro de Estudios Politicos y Constitucionales, 2007]

ARISTÓTELES. **Metafísica**. Trad.Valentín García Yebra. 2a.ed. Madrid: Gredos, 1982.

CARNIELLI, Walter A.; EPSTEIN, Richard L. **Pensamento crítico***:* o poder da lógica e da argumentação. 3ªed. São Paulo: Rideel, 2011.

CASTRO JR., Torquato da Silva. **Problemas da formalização do discurso jurídico**. Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito (UFPE), v. 15, p. 327-343, 2005.

CRYSTAL, David. **Dicionário de linguística e fonética**. trad. Maria Carmelita Pádua Dias. 2ªed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. **As lógicas as provas no processo**: prova direta, indícios e presunções. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

DAVIDSON, Donald. **Semantics for natural languages** (1970). In: Inquiries into truth and interpretation. Oxford: Clarendom Press, 1984a. pp. 55-64.

_____. **Truth and meaning** (1967). In: Inquiries into truth and interpretation. Oxford: Clarendom Press, 1984b. pp. 17-36.

ECO, Umberto. **A busca da língua perfeita**. Bauru: EDUSC, 2001. 458p.

FREGE, Gottlob. **Sobre o sentido e a referência**. In: Lógica e filosofia da linguagem. São Paulo: Edusp, 2009. pp. 129-158.

HAACK, Susan. **Filosofia das lógicas**. Trad. Cezar Augusto Mortari; Luiz Henrique de Araújo Dutra. São Paulo: UNESP, 2002. 359p.

HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação**: ensaios filosóficos. Tradução Milton Camargo Mota. São Paulo, Loyola, 2004.

MANHOLI, Carlos Luciano. **O conceito de verdade em linguagens semanticamente fechadas.** 2004. 185p. Tese (Doutorado em Filosofia). Pontifícia Universidade Católica (PUC). Rio de Janeiro.

_____. **É possível construir uma semântica formal universal?**. In *Linguagem e filosofia*. Col. 'Rumos da epistemologia', vol. 6. Florianópolis: UFSC-NEL, 2002.

_____. **Filosofia da lógica**. In: Filosofia(s). MACHADO, Nivaldo; SEGATA, Jean (orgs.). Rio do Sul: UNIDAVI, 2010. pp.85-107.

_____. **Semântica formal aplicada a linguagens naturais**. 1999. 141p. Dissertação (Mestrado em Filosofia). Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Florianópolis.

MARQUES, Maria Helena Duarte. **Iniciação à semântica**. 5ªed. Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 2001.

NOGUEIRA, A.S. **Direito e linguagem**: o processo interpretativo jurídico sob uma perspectiva semiótica. Curitiba: Juruá, 2013.

RUSSELL, Bertrand Arthur William. **A filosofia do atomismo lógico**. In Lógica e conhecimento: Ensaios escolhidos. Col. 'Os pensadores', vol. 42. São Paulo: Abril Cultural, 1974. Pp. 59 - 141.

TARSKI, Alfred. **A concepção semântica da verdade e os fundamentos da semântica**. Tradução de Luiz Henrique Dutra. Revisão Cezar A.Mortari. In: A concepção semântica da verdade: textos clássicos de Tarski. Tradução Celso Braida [et.al.]. Mortari, C.A.; Dutra, L.H. (orgs). São Paulo, UNESP, 2007.

TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. 2ªed. Madrid: Trotta, 2005.

WITTGENSTEIN, L. **Tratactus lógico-filosófico**. *In:* WITTGENSTEIN, L. Tratado lógico-filosófico e Investigações filosóficas. Lisboa: Fundação Caloust Gulbenkian, 2008.

CAPÍTULO VIII

A EXISTÊNCIA NO CONTEXTO DA MODERNIDADE LÍQUIDA[120] NA PERSPECTIVA DE ZYGMUNT BAUMAN

Almir Rogério Aureliano[121]
João Viesser[122]
Marcos Paulo S B Merheb[123]

RESUMO: A presente pesquisa parte da percepção filosófica e existencial de que tudo é temporário. Neste sentido, lança mão metáfora da 'liquidez' para apresentar o estado da sociedade atual que, como os líquidos, se caracterizam por uma incapacidade de manter a forma. Outrossim, as instituições, quadros de referência, estilos de vida, crenças e convicções mudam antes que tenham tempo de se solidificar em costumes, hábitos e verdades. Assim, se observa que viver num mundo complexo se constitui uma tarefa difícil de realizar, ante uma 'existência humana' precária de sentido, referência e modelos a serem seguidos. O labor acadêmico esteira-se na metodologia dedutiva, entretanto sem prescindir da perspectiva dialética, pois num mundo fragmentado urge aclarar as contradições e a provocação à atitude dialógica. Conclui que o mundo está em contínuo movimento, e estes provocam o Ser a acompanhar, envolver-se e protagonizar tais mudanças, sob pena ficar de fora dos acontecimentos, marginalmente. Por fim, a precariedade da vida atual, sem nenhum tipo de segurança, obriga as pessoas a mudarem continuamente de situações, assumindo um novo estilo de vida, a saber, como participante de uma vida da sociedade líquida.

Palavras chave: temporário, liquidez, existência humana, acontecimentos, estilo de vida.

INTRODUÇÃO

Os tempos são líquidos porque tudo muda rapidamente. Durabilidade é uma palavra que não tem tanto valor nesse contexto. Observa-se que a existência humana padece de sentido, se vê perdida, e entre tantas buscas no intuito de preencher essa

120 Modernidade Líquida foi publicada próximo ao ano 2000, na propalada virada do século, sendo efetivamente lançado em 2001. Naquela época o mundo estava em pânico, pois havia diversas previsões de panes tecnológicas em programas e computadores espalhados pelo mundo, o famoso "bug do milênio", ou seja, as máquinas e aplicativos computacionais estavam escritos e preparados para executar até 1999, o que exigia muitas adaptações para que não houvesse um caos tecnológico nos diversos setores e segmento da vida moderna. BAUMAN Zygmunt.Modernidade Líquida. Ed. ZAHAR.

121 Acadêmico de Filosofia pela Faculdade Padre João Bagozzi de Curitiba PR. Cursando Direito na Faculdade Uninorte, Londrina Pr. E-mail:orakulodedelfos@hotmail.com
122 Professor Faculdade Padre João Bagozzi de Curitiba PR
123Professor de Direito Faculdade Cristo Rei – Faccrei. E-mail. marcosmerheb@hotmail.com

necessidade, aparece com potência uma desenfreada busca pelo corpo ideal, o culto às celebridades, o endividamento geral, a paranóia com segurança e até a instabilidade dos relacionamentos amorosos vão ganhando força.

É um mundo de incertezas. É cada um por si. Penssava-se que o futuro seria de progresso, e nossos ancestrais eram esperançosos, pois quando se falava em progresso, se referiam à perspectiva de cada dia seria melhor do que o anterior.

Assim o mundo em que vivemos é fortemente caracterizado pela angústia[124] das múltiplas possibilidades, das escolhas e da falta de modelos. Os inúmeros problemas sociais que perpassam a experiência cotidiana da existência humana vão tornando a vida cada vez mais complexa. A velocidade e a radicalidade das mudanças que vem acontecendo nas últimas décadas, estão nos deixando sempre mais desnorteados e, até mesmo, perdidos. Busca-se uma firmeza que não encontra mais amparo naqueles valores considerados eternos.

Delineia-se um mundo no qual o futuro é difícil de ser vislumbrado. Enfrenta-se uma dificuldade de abrir mão da velha aparelhagem moderna de ideias seguras e pré-formadas que, por séculos, orientavam nossos passos. De qualquer forma, porém, a humanidade sente uma geral dificuldade de encontrar pontos de referências que possam garantir serenidade. O instinto de sobrevivência, que necessita de segurança, bate toda hora contra o muro de um mundo que se tornou inseguro.

Portanto, nesse horizonte percebe-se uma sociedade altamente de consumo, patrocinada por uma forte propaganda onde a base é o consumir para preencher-se, evidentemente por trás disso gera-se uma profunda despersonalização daquele que não pode consumir, enfraquecendo amplamente a cooperação interpessoal.

1 CONDIÇÃO HUMANA

Assim sendo, a proposta de reflexão acerca da condição humana, seus medos, essa ansiedade somada a angústia, esses novos laços de relacionamentos virtuais[125], essa

[124]Mal- estar provocado por um sentimento de opressão, seja de inquietude relativa a um futuro incerto, à iminência de um período indeterminado mas ameaçadar. Na visão de Kierkegaard, seria um estado de inquietude do existente humano provocado pelo pressentimento do pecado e vinculado ao sentimento de liberdade. JAPIASSÚ, Hilton. MARCONDES, Danilo. Dicionário Básico de Filosofia.5ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p.11.

[125]Os contatos online têm uma vantagem sobre os offline: são mais fáceis e menos arriscados — o que muita gente acha atraente. Eles tornam mais fácil se conectar e se desconectar. Casos as coisas fiquem "quentes" demais para o conforto, você pode simplesmente desligar, sem necessidade de explicações complexas, sem inventar desculpas, sem censuras ou culpa. Atrás do seu laptop ou iPhone, com fones no ouvido, você pode se cortar fora dos desconfortos do mundo offline. Mas não há almoços grátis, como diz um provérbio inglês: se você ganha algo, perde alguma coisa. Entre as coisas perdidas estão as habilidades necessárias

exposição doentia, e até mesmo a sensação de não saber para qual lado ir ou seguir ou para quem recorrer, porque faltam modelos, paradigmas, é uma oportunidade rica de proporcionar não só um debate epistemológico mas também, ai está o diferencial, procurar alternativas que de fato possam ajudar o ser humano enquanto agente (protagonista) e participante dessa sociedade fragmentada, se encontrar e não ser confundido como coisa, mão de obra escrava e até mesmo ente descartável porque não compra e não é gerador de lucros.

Assim sendo é nesse horizonte que se percebe uma sociedade altamente de consumo, patrocinada por uma forte propaganda onde a base é o consumir para preencher-se, evidentemente por trás disso gera-se uma profunda despersonalização daquele que não pode consumir, enfraquecendo amplamente a cooperação interpessoal.

Por isso aqui nota-se uma existência ameaçada, os valores tradicionais que norteavam as relações humanas, a própria ideia de família, o respeito com o Sagrado e também uma credibilidade nas Instituições, um respeito para com as instâncias, sejam elas político governamental e até mesmo para com a educação (professor grande mestre, que leva o educando aos patamares do conhecimento e da condição de dignidade) não transitam mais como fundamentais.

Pode-se ainda resistir ou ignorar essas chaves de leitura que são adversas, que maculam a existência humana, mas isso exigiria muito mais esforço e auto sacrifício de nossa parte, seria como nadar contra a corrente. E sempre que as chances são desiguais, as probabilidades de escolha são distorcidas, é mais provável que as pessoas prefiram a opção mais fácil[126], não necessariamente porque a julguem mais atraente e a prefiram, mas porque seu custo é menor. Procura-se o fácil o light, isto é, aquilo que não se exige muito, o original, produtos, dá lugar ao simulacro, e caminha-se para viver sobre uma grande aparência. O ser humano é aquilo que veste, o livro que lê, o restaurante que frequenta, a praia que vai, o circulo de amizades que cultiva, e tudo isso custa muito caro, manter esse padrão acaba sendo para poucos, e os outros, a massa, fica sem participar, pois sua condição não permite entrar nesse grupo.

para estabelecer relações de confiança, as para o que der vier, na saúde ou na tristeza, com outras pessoas. Relações cujos encantos você nunca conhecerá a menos que pratique. O problema é que, quanto mais você busca fugir dos inconvenientes da vida offline, maior será a tendência a se desconectar.

http://www.istoe.com.br/assuntos/entrevista/detalhe/102755_VIVEMOS+TEMPOS+LIQUIDOS. Entrevista de Zygmunt Bauman a Revista Veja.

[126] SELLA, Adriano.Globalização Neoliberal e ExclusãoSocial. São Paulo: Paulus, 2002, pag. 34.

Observa-se também levantar uma questão sobre o conceito de liberdade, quando pode-se claramente ser questionada se a mesma seria atualmente uma benção ou maldição, ou seja, uma benção no sentido que o indivíduo pode agir conforme os seus pensamentos e desejos, mas na contramão fala de uma maldição, já que recai sobre ele a responsabilidade por seus atos e ações.

Essa sociedade atual caracteriza-se nova e diferente, nova porque não se têm, não se vê limites, existe um caminho infindável de oportunidades, desejos, realizações a serem perseguidas continuamente. A outra, diferente, porque fala sobre a mudança da desregulamentação e a privatização das tarefas e deveres modernizantes, ou seja, a tarefa apropriada ao coletivo, simbolizado na figura da sociedade, sofre uma fragmentação para o individuo. A responsabilidade mais uma vez recai sobre o individuo que escolhe que caminho trilhar e o modelo a ser seguido.

Tem-se também uma crítica da vida política, pois se espera muito da esfera pública, para socorrer, prover e cuidar dos interesses da população. Marginalizado pela ineficiência desse seguimento público, o ser humano se sente desprotegido, sem rosto sem ter alguém que olhe por ele diretamente a não ser em tempos de campanhas políticas.

Nesse contexto de reflexão descortina-se uma forte ideia de que a condição humana, atualmente se vê e muito ameaçada e é justamente nesse horizonte, nesse contexto de desorientação grande que, compromete-se em elucidar a dimensão do ser humano, enquanto indivíduo pertencente a uma sociedade cada vez mais fragmentada, e com passos ancorados numa reflexão profunda redefinirmos a situação do humano frente a esse ligeiro contexto de desencontros.

3. CAPITALISMO

Quanto ao capitalismo[127] pesado segue certa ordem, ou seja, significa monotonia, regularidade, repetição e previsibilidade. Um exemplo é o caso do fordismo que em seu apogeu representou um modelo de industrialização, de regulamentação e de acumulação. As pessoas tinham funções muito bem definidas no processo de fabricação dos carros, algumas apenas apertavam arruelas de parafusos da porta, outras colocavam pneus, outras os bancos e assim por diante, com um alto grau de especialização para que o processo

[127]BAUMAN, Zygmunt. Capitalismo Parasitário. Ed. Zahar – pag 07.

fosse ágil e eficiente. O que permitiu o alto volume de vendas naquela época, mas o individuo não tinha poder de escolha nem mesmo do modelo ou cor do carro, havia somente o Ford T. Os empregados eram contratados apenas para uma função, limitando suas potenciais habilidades e capacidades de desenvolvimento. O modelo do fordismo era um sistema que se auto reproduzia, orientado pela ordem, gerando uma engenharia social.

A visão do capitalismo[128] nessa perspectiva é negativa, porém, cabe ao individuo descobrir e potencializar suas capacidades intelectuais, manuais ou mesmo físicas e aproveitá-las da melhor maneira possível para sua auto realização, ou seja, com a máxima eficiência possível, de preferência alcançando a eficácia. Lembra-se que o mercado não oferta espaços a desqualificados.

No horizonte capitalista existe o agente consumidor, que utiliza os bens ou serviços disponíveis, e sua frustração maior não é a falta do produto, mas sim a multiplicidade de escolhas disponíveis e que será necessário abrir mão de várias possibilidades para ficar com apenas uma ou algumas alternativas de produtos e bens.

No capitalismo, maquiado pela ideologia consumista, a propaganda se apresenta leve e fácil fluição, as autoridades não mais ordenam, mas sim tentam seduzir e tornam-se agradáveis às pessoas que escolhem, fruto da propalada diversidade de opções e escolhas que cada indivíduo possui na modernidade liquida. Além disso, há certo maniqueísmo no capitalismo líquido, como a utilização da imagem de personalidades renomadas para passar credibilidade ou mesmo certa autoridade nos produtos e serviços que estão à disposição para o consumo.

Na sociedade dos consumidores individualizados, tudo precisa ser feito por conta própria e a ironia reside no fato que ir as compras é um ato que encerra em si próprio a atividade individualizada de comprar, a salvação está no mercado. A identidade do ser é aquela em que o individuo tenta solidificar o fluido, ou seja, é marcada quando se compartilha as mesmas coisas, como se fosse uma marca, a busca pelo eterno e o

[128]O capitalismo, dizendo-o de forma crua, é, substancialmente, um sistema parasitário. Como todos os parasitas, ele pode prosperar por um certo período quando encontra um organismo ainda não explorado do qual se nutre. Mas não pode fazer isso sem danificar o hospedeiro, destruindo, portanto, antes ou depois, as condições da sua prosperidade ou até da sua sobrevivência. Escrevendo na era do imperialismo crescente e da conquista territorial, Rosa Luxemburgo não previa e não podia imaginar que os territórios pré-modernos de continentes exóticos não eram os únicos potenciais "hospedeiros" dos quais o capitalismo podia se nutrir para prolongar a sua existência e iniciar uma série de períodos de prosperidade. http://www.ihu.unisinos.br/noticias/noticias-arquivadas/26235-os-vicios-de-um-sistema-parasitario-artigo-de-zygmunt-bauman.

imutável. A identidade é única e individual e somente pode ser consolidada quando se adquire o objeto que todo mundo compra.

O consumidor entra em conflito pela amplitude das escolhas (as prateleiras dos hipermercados acabam confundindo com as inúmeras possibilidades de oferta)que estão disponíveis ao seu redor, a angústia da tomada de decisão correta frente às diversas alternativas, a responsabilidade do individuo livre pela sua decisão e o risco assumido, fazem o processo do consumo cíclico e interminável.

A ideia da sociedade de consumo, que vem massacrando a condição humana, transpassa mais uma vez, quando o consumidor ou comprador vai às compras, é como uma viagem no espaço e, secundariamente, viagem no tempo. Os espaços seriam lugares que se atribuem significados, sejam eles de consumo, de vivência, ou outro lugar no qual as pessoas lhe atribuam algum valor. Já os espaços vazios são justamente o contrário, onde não há um significado atribuído aos mesmos.

Porém, romper com essa dinâmica interminável do consumo (modelo já sacralizado pela sociedade atual) e mudar de identidade (homo economicus ao favorecimento do homem relacional sem o peso do ter para ser) implica em quebrar com os antigos preceitos, trata-se de uma iniciativa privada e individualizada, porém, implica em assumir riscos e enfrentar determinados vínculos e certas obrigações.

3 INDIVIDUALIDADE

Entretanto, a Modernidade[129] Líquida vai se apresentando como tudo aquilo que é leve, pois os pesos dos valores tradicionais não predominam aqui, é onde tudo flui, a velocidade das mudanças é assustadora, é líquido não tem uma forma concreta, a base é sempre adaptar-se às novas tendências, e como elas são passageiras tudo tem pouca durabilidade.

[129]Portanto, a modernidade é a era em que os indivíduos tentam sair da sua "menoridade" e se laçam em busca do conhecimento e da verdade, logo, temos uma sociedade mais aberta e que contesta o que vem pronto e acabado. Mais quem faz isso, são a minoria, os indivíduos em sua grande maioria continuam "presos" e manipulados pela sociedade capitalista que manipula em massa através dos veículos de informação de massa e das novas tecnologias, isto acontece de forma direta e indireta, algumas das vezes o individuo não percebe tal manipulação, pois a mesma esta implícita. E a dominação se da de forma mais indireta ainda, a classe dominante impõe através da televisão, internet, redes sociais, sua forma de vestir, falar e se comportar. O individualismo esta ai presente em todos os aspectos da vida, e tem causado problemas sérios para a humanidade. http://meuartigo.brasilescola.com/educacao/individualismo-na-modernidade.htm.

Atualmente, quando se procura solidez e durabilidade, cedo ou tarde descobre-se como são poderosas as chances de não as encontrar, tais conceitos, solidez e durabilidade, estão longe e esquecidos, sepultados pela desenfreada busca que o ser humano faz em direção do lucro, do sucesso e da cura para todos os tipos de seus males, tudo isso vem acompanhado por uma propaganda muito bem arquitetada, uma ideologia que trás como paradigma o Mercado como grande templo.

Contudo, nota-se que existe uma reflexão sobre a individualidade que traz em si uma competitividade mais agressiva, onde o indivíduo está só, e depende somente de si mesmo para fazer suas escolhas, pensamentos e ações ao invés de unificar uma condição humana regida pela cooperação e solidariedade.

O amanhã é tão efêmero e irreal, que é utilizado inclusive para passar credibilidade e esperança para as pessoas, numa realização que talvez nunca se concretize. O homem foi sustentado por dois pilares, entre o passado e o futuro construindo uma ponte entre a durabilidade e transitoriedade, mas viver numa modernidade líquida implica em assumir responsabilidades e viver o momento, o instantâneo em seu tempo e espaço únicos.

Aventa-se que uma redescoberta do ser humano como agente protagonista de sua história e condição mudadora da realidade pode garantir numa medida a longo prazo uma sociedade distante desses erros trazidos pela sociedade de consumo. Esse processo ocorrerá quando a partir do momento em que o próprio ser humano desvinculado desse ideológico aparato capitalista perceber que a sua própria sociedade é mais do que o comprar, é maior do que o lucrar, é mais do que o ter.

Dessa forma, será necessário fazer ampla pesquisa bibliográfica, com o estudo isolado de todos os pontos delimitados no contexto da problemática central do tema, partindo do estudo da Modernidade Liquida, já que o tema lhe é inerente, direcionando, todavia, o labor acadêmico para os eixos ou perspectiva de uma revalorização do ser humano bem como de sua participação no eixo da sociedade.

Essa Sociedade se apresenta como alto investimento humano na total liberdade[130], que é traduzida na felicidade, aqui tudo pode, é permitido, não existem barreiras. Lembrando de Nieztsche, o "homem que caia no abismo cantando". A impressão é de que não sabemos onde estão os limites se é que eles existem. Pensar a Modernidade dentro

[130]Podemos dizer que, em sua fase líquido-moderna, a cultura é feita na medida da liberdade de escolha *individual* (voluntária ou imposta como obrigação). É destinadaa servir às exigências desta liberdade. A garantir que a escolha continue a ser *inevitável:* uma necessidade de vida e um *dever*. A assegurar que a responsabilidade, companheira inseparável da livre escolha, permaneça lá onde a condição líquidomoderna a colocou: a cargo do *indivíduo*, apontado hoje como único administrador da "política da vida". BAUMANZygmunt. Capitalismo Parasitário. Ed. Zahar - pag 33.

desse contexto é ver o quão fundamental ela tem contribuído para imprimir no ser humano essa condição de um ser humano perdido, frente a esse grande contexto de desorientação.

Neste sentido, volta-se o olhar para uma reflexão primorosa dos ensinos das próprias Ciências Humanas, evidentemente da própria Filosofia como aquela ferramenta que proporcionará um debate com vistas a enfrentar essa sociedade de consumo. Se faz necessário usar de todo aparato epistemológico na tentativa de proporcionar uma reflexão que possa debater com essa Sociedade que se apresenta como Modernidade Líquida com vistas a oferecer propostas que favoreçam a construção do sentido do ser humano. O conteúdo, debate, Científico Filosófico deve em primeira escala provocar uma mudança concreta na sociedade.

Concretamente, a Reflexão Filosófica com todo seu aparato epistemológico sofrerá nesse contexto, pois a Sociedade que vem se solidificando com bases no capitalismo e na busca de uma felicidade sem limites, na descaracterização e despersonalização do ser humano, não permite ser refutada, o modelo é esse e deve-se aceitar então, pois o agente, aquele que fará a reflexão Filosófica deverá andar em linhas de debate constante.

O modelo que se apresenta de uma Sociedade de Consume certamente não está preocupada com aqueles que não podem participar, principalmente daqueles que não podem comprar. O pensamento moderno se inteirou de apresentar uma ideia que se delineia não na coletividade, para os mais românticos na Comunidade, mas em transmitir a cristalizada forma de que para ser basta o prazer do eu, sob a plataforma do ter. Onde está, ou como fica o ser humano nessa imensa prateleira até mesmo sendo similar a um produto de pouco valor.

A preocupação aqui é justamente, o direcionamento do olhar para o contexto que assistimos de uma Sociedade cujo seu lema maior é fragmentação do individuo, sem laços, sem bases, sem referencias.

Portanto, nesse imenso horizonte desafiador é que nos lançamos para debater, refletir, e provocar uma reflexão que possibilite o maior valor do ser humano. O como está já o conhecemos, entendemos perfeitamente suas engrenagens, estamos sabidos de suas características, cabe agora enfrentar, refletir, debater e proporcionar algumas pistas de ação de como melhorar esse horizonte que vem se delineando como assustador, sem limites, e com grandes indícios vagarosamente em direção a barbárie humana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A temática apresentada, ‘A existência no contexto da Modernidade líquida na perspectiva de Zygmunt Bauman, trouxe-nos a tona uma rica e preocupante visão de como o mundo atual está se apresentando, a sociedade do consumo que ameaça consistentemente a própria condição humana.

Problemas evidentes como a velocidade das coisas, dos relacionamentos pautados sobre o mínimo de compromisso, o exagero em encontrar uma felicidade momentânea e o mercado, a única lei a ser seguida é a do consumir, como território exclusivo de

salvação, mostrou o quanto o modelo da sociedade atual padece de valores, referências e caminhos que promovam a vida.

Zygmunt Bauman, sociólogo polonês radicado na Inglaterra, nos apresenta com clareza e em tom provocativo o quanto esse sistema sociocultural está fragmentado, perdido pela lógica da não durabilidade, aqui tudo é liquido, flui rapidamente e se sustenta pelo temporário. A sociedade caminha sem direção, o fundamento do ter, do prazer e da cura para todos os males são bases que consolidam tal modelo a cair cada vez mais num contexto de desorientação.

Caminhos!

O próprio sociólogo enumera alguns como: a capacidade de desenvolver uma orientação de uma vida mais solida e substanciosa, bem como a valorização das diferenças existenciais com as quais nós interagimos em nossa existência humana e de modo especial uma compreensão Ética do indivíduo em relação ao meio ambiente e sobretudo um respeito rigoroso pela alteridade consequentemente pelo cuidado consciente do outro; mas percorrer tais caminhos caberá a própria condição humana de se desfazer de um modelo que privilegia o Ter e colocar como prioridade a promoção da vida humana como horizonte a ser buscado.

Por isso é necessário a todo custo combater toda espécie de caracterização que promova mais a sociedade do consumo, com vista e fundamentada na modernidade líquida e permitir uma reflexão onde valorize o humano como protagonista, agente transformador dos rumos de uma história que caminha em direção à barbárie.

Enfim, se aventurar nesse caminho, torná-lo como paradigma exigirá um esforço, sacrifício, muito grande, mas é pisando sobre essa plataforma, Ética – Respeito – Cuidado, que a sociedade atual poderá se salvar de uma catástrofe maior, a não ser seu próprio caminhar em direção a barbárie.

REFERÊNCIAS

BAUMANZygmunt. **Idernidade Líquida**. Ed. ZAHAR, Assunto: CIÊNCIAS SOCIAIS - SOCIOLOGIA.

BAUMANZygmunt.**Capitalismo Parasitário**. Ed. Zahar - 92 páginas

BAUMAN Zygmunt.***Vida para consumo****: a transformação das pessoas em mercadorias*. Tradução.

MEDEIROS. Carlos Alberto. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed.

SELLA, Adriano. **Globalização Neoliberal e exclusão social**. Ed Paulus. 2002. São Paulo, 147 pg.

JAPIASSÚ, Hilton. MARCONDES, Danilo. **Dicionário Básico de Filosofia**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

CAPÍTULO IX

JACQUES MARITAIN, O HUMANISMO INTEGRAL E A CRISE DA CIDADANIA

Ivanaldo Santos[131]

Inicialmente é esclarecido que o presente estudo é a verão, com ligeiras mudanças, *scientific article* publicada na revista *Aporia Jurídica*, do Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais (CESCAGE). Um agradecimento especial é realizado a revista *Aporia Jurídica*, especialmente ao seu editor, Dr. Alencar Margraf, pela publicação de uma versão do estudo.

O objetivo do estudo é apresentar o conceito de humanismo integral desenvolvido por Jacques Maritain e, logo em seguida, demonstrar que esse conceito pode ser plicado na tentativa de esclarecer a crise da cidadania. A crise da cidadania é um dos debates mais importantes do início do século XXI. Pensa-se que o humanismo integral desenvolvido por Maritain pode esclarecer essa crise.

Poucas intelectuais, que conhecem a história das ideias, irão questionar a afirmação de que um dos mais importantes livros do século XX é *Humanismo integral* do filósofo francês Jacques Maritain[132] (1882-1973), uma obra que, ao ser lançada em 1936, "causou intensa repercussão na comunidade filosófica mundial"[133].

Com esse livro, Maritain contribuiu para inaugurar o humanismo moderno, o qual é diferente do humanismo renascentista também conhecido, a partir do século XIX, como humanismo burguês. O humanismo que nasce na renascença é essencialmente racional e guia o homem para viver sob o domínio da razão. Um grande exemplo desse modelo de humanismo é a obra *Elogio da loucura*, de Erasmo de Roterdã[134], na qual se critica a corrupção eclesial, o analfabetismo reinante no século XVI, coisas que devem ser realmente criticadas, e aponta como solução para esses problemas o uso e o primado da razão. O problema do humanismo renascentista é que o seu centro é a razão e, por conseguinte, esquece ou nega outras dimensões da vida humana, tais como: a arte, a poesia e a vida religiosa. Em grande medida, trata-se de um humanismo incompleto e inacabado.

---

[131] Filósofo, pós-doutorado em estudos da linguagem pela USP, doutor em estudos da linguagem pela UFRN, professor do Departamento de Filosofia e do Programa de Pós-Graduação em Letras da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN). E-mail: ivanaldosantos@yahoo.com.br.

[132] MARITAIN, J. *Humanismo integral*. São Paulo: Dominus, 1962.

[133]SOUZA, C. A. M. Fundamentos humanistas do bem comum: família, sociedade e Estado. In: SOUZA, C. A. M.; CAVALCANTE, T. N. (Orgs.). *Princípios humanistas constitucionais*: reflexões sobre o humanismo do século XXI. São Paulo: Letras Jurídicas, 2010, p. 111.

[134]ROTERDÃ, E. *Elogio da loucura*. São Paulo: Brasileira, 1982.

Já o humanismo integral, proposto por Jacques Maritain, é um novo modelo de humanismo que se abre para as diversas dimensões da vida humana, que respeita e promove a dignidade da pessoa humana. É um humanismo que se "caracteriza por buscar a *integridade* da pessoa humana, criticando a incapacidade do pensamento moderno de ver o ser humano para além dos limites de uma racionalidade cada vez mais instrumental e cientificista"[135]. É por causa disso que Antônio Carlos Villaça afirma que, na década de 1930, período histórico do lançamento do livro, Jacques Maritian "significava ousadia, vanguardismo, o que tínhamos de mais avançado no mundo"[136]. Por causa disso ele exerceu grande influência na América Latina e no Brasil[137].

Maritain conceitua o novo modelo de humanismo da seguinte forma:

> Este novo humanismo, sem medida comum com o humanismo burguês, e tanto mais humano quanto menos adora o homem, mas respeita, realmente e efetivamente a dignidade humana e dá direito às exigências integrais da pessoa, nós o concebemos como que orientado para uma realização social-temporal desta atenção evangélica ao humano, a qual não deve existir somente na ordem espiritual, mas encarnar-se, e também para o ideal de uma comunidade fraterna[138].

O humanismo integral de Maritain respeita e valoriza a ordem espiritual, mas não se resume somente a ela. Por causa disso, esse modelo de humanismo, busca realizar as exigências integrais da pessoa humana e, por conseguinte, criar uma comunidade fraterna que extrapole os simples limites do Estado ou da nação. É por causa desse princípio que o próprio Maritain incorpora, ao longo de sua obra filosófica, diversas facetas ou dimensões da atividade humana, como, por exemplo, a política[139], a educação[140], a vida mística[141] e a religião[142], a arte e a poesia[143], a reflexão sobre o ateísmo contemporâneo[144] e a vida operária[145] e uma crítica ao mito do progresso[146].

A proposta do humanismo integral, apresentada por Maritain, luta para garantir os direitos do cidadão[147] e, ao mesmo tempo, estabelece os limites e os deveres da relação entre o indivíduo e o Estado[148].

---

[135]RIBEIRO NETO, F. Humanismo, natureza e experiência. In: SOUZA, C. A. M.; CAVALCANTE, T. N. (Orgs.). *Princípios humanistas constitucionais*: reflexões sobre o humanismo do século XXI. São Paulo: Letras Jurídicas, 2010, p. 156.
[136]VILLAÇA, A. C. *O pensamento católico no Brasil*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975, p. 16.
[137] Sobre a grande influência que o pensamento de Jacques Maritain exerceu na América Latina e no Brasil, recomenda-se consultar: POSSOLI, L.; LIMA, J. C. *Presença de Maritain*: testemunhos. 2 ed. São Paulo: LTr, 2012.
[138]MARITAIN, J. *Humanismo integral*, op. cit., p. 8.
[139]MARITAIN, J. *Princípios de uma política humanista*. Rio de Janeiro: Agir, 1960.
[140] MARITAIN, J. *Rumos da educação*. Rio de Janeiro: Agir, 1968.
[141]MARITAIN, J. *Caminhos para Deus*. Belo Horizonte: Itatiaia, 1962.
[142] MARITAIN, J. *Religion y cultura*. Madri: Santa Catalina, 1940.
[143] MARITAIN, J. *Arte e poesia*. Rio de Janeiro: Agir, 1947.
[144] MARITAIN, J. *Significado del ateísmo contemporâneo*. Madri: Eclesia, 1950.
[145] MARITAIN, J. *A razão operária*. Belo Horizonte: PUC, 2001.
[146] MARITAIN, J. *Progresso e progressismo*. Rio de Janeiro: Agir, 1970.
[147]MARITAIN, J. *Os direitos do homem*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1967.
[148]MARITAIN, J. *O homem e o Estado*. Rio de Janeiro: Livraria agir, 1952.

Por tudo isso, trata-se da mais ampla e ambiciosa proposta voltada para o humanismo, a qual engloba, em seu interior, praticamente todos os níveis da vida e da cultura humana. Tudo isso, como salientam Lino Rodriguez e Arias Bustamante[149], voltada para criar uma sociedade solidária e fraterna.

Essa proposta influenciou profundamente o século XX. Sua influência abrangeu diversos intelectuais e níveis da vida cultural ocidental. O humanismo de Maritain influenciou grande parte da vida da Igreja no século XX, desde o Papa João XXIII até João Paulo II[150], chegando até o pontificado do Papa Bento XVI[151], contribuiu para o direito passar a ser visto como função primordial da pessoa humana[152] e até mesmo permitiu uma reflexão e uma crítica às relações entre o indivíduo e a burocracia do Estado, nas quais, historicamente, há um profundo "desrespeito aos princípios humanistas por parte do Estado, através de sua burocracia"[153].

No Brasil também a influência de Maritain se fez sentir. Ele contribuiu para que uma geração de intelectuais, ao longo do século XX, liderados, em grande medida, por Alceu Amoroso Lima, realizasse uma reflexão sobre a pessoa humana e suas implicações místicas, culturais e sociais. Inspirado pelo pensamento maritaniano, o próprio Alceu Amoroso Lima realizou uma importante reflexão filosófica sobre a pessoa humana e suas inter-relações com o trabalho[154].

Na década de 1930 Jacques Maritain, ao desenvolver a proposta do humanismo integral, possibilitou uma reflexão que veio dar uma resposta e um sentido a uma grande crise que se abadia no Ocidente. De um lado, como demonstra Francisco Ribeiro Neto[155], nos séculos XIX e XX, a experiência histórica e a reflexão crítica levaram à necessidade da refundação do humanismo. Uma refundação que busca o resgate do elemento humano, perdido no meio de tantos conflitos e ideologias, com toda a sua riqueza e complexidade. Essa refundação encontra em Maritain um dos seus eixos centrais. Do outro lado, Maritain alerta, em plena década de 1930, para os horrores que o século XX iria presenciar. Horrores, como, por exemplo, o totalitarismo político, os campos de concentração, a bomba atômica e a negação da liberdade individual.

O humanismo integral maritaniano contribuiu para, em 1948, após os horrores da Segunda Guerra Mundial (1939-1945), ser aprovada e promulgada a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH). Sem contar que, ao longo de todo o século XX, a proposta de Maritain contribuiu decisivamente para a luta em prol da implantação, difusão e garantia dos direitos humanos[156]. Não é exagero afirmar que sem Maritain os

[149] RODRIGUEZ, L.; BUSTAMANTE, A. *Jacques Maritain y la sociedad comunitária*. Madri: Monte Avila, 1980.
[150]SOUZA, C. A. M. Fundamentos humanistas do bem comum: família, sociedade e Estado,op. cit., p. 112.
[151]MADUREIRA, D. M. S. X. *A cidade cristã na modernidade: o humanismo integral de Maritain e Bento XVI contra o relativismo*. Dissertação de Mestrado. Universidade Católica Portuguesa, 2011.
[152] POZZOLI, L. Direito como função promocional da pessoa humana: uma nova ética na hermenêutica. In: SOUZA, C. A. M.; CAVALCANTE, T. N. (Orgs.). *Princípios humanistas constitucionais*: reflexões sobre o humanismo do século XXI. São Paulo: Letras Jurídicas, 2010.
[153]MOREIRA, E. F. G. *O humanismo de Maritain e a burocracia*. São Paulo: Loyola, 2001, p. 17.
[154]LIMA, A. A. *O problema do trabalho*. Rio de Janeiro: Agir, 1956.
[155]RIBEIRO NETO, F. Humanismo, natureza e experiência, op. cit., p. 153.
[156] BRANDI ALEIXO, J. C. Os direitos humanos na vida e na obra de Jacques Maritain. In: *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 2003, v. 80, n.4, p. 747-771. SOUZA, I. A. J. Os direitos humanos

direitos humanos dificilmente teriam avançado no século XX. Maritain é, pois, um dos eixos, um dos fundamentos dos direitos humanos.

Influenciado pelo humanismo integral de Maritain houve uma luta e, por conseguinte, a conquista do respeito e a garantia dos direitos civis de vários grupos sociais, entre os quais é possível citar: minorias étnicas, grupos religiosos, mulheres, índios, pobres e analfabetos.

Entretanto, presencia-se, no início do século XXI, uma onda de desrespeitos aos direitos humanos, como, por exemplo, as ameaças de controle sobre a mídia, a ameaça de limitação da liberdade de expressão e das crenças religiosas, a crise da democracia, propostas políticas autoritárias que, em grande medida, são um retorno ao totalitarismo do século XX.Entre essas propostas é possível citar o neosocialismo ou o socialismo do século XXI[157].

Sem contar que alguns problemas que historicamente preocupam o homem e que, devido ao avanço da ciência e da tecnologia, poderiam ter sido resolvidos ou então drasticamente amenizados, voltam a atormentar a humanidade. Entre esses problemas cita-se, de forma especial, a fome[158]. Além disso, existe uma série de crises que preocupam a humanidade. Entre essas crises cita-se, por exemplo, a crise atômica[159], a crise ética[160] e a crise da cidadania[161].

Essas crises necessitam de algum tipo de direcionamento e de orientação teórica. Uma autêntica reflexão humanística não pode ficar inerte ou parada diante de um cenário de crise tão grave como esse. No entanto, uma análise ampla e exaustiva de todos esses níveis da crise seria um projeto quase impossível. Por optou-se em se realizar um estreitamente metodológico, ou seja, será analisado apenas a crise da cidadania.

sob a ótica do direito natural clássico-católico: análise e proposição de outro viés jusnaturalista. In: *Acta Científica*, 1º Semestre, 2006, p. 19-23.

[157] Sobre o neosocialismo ou socialismo do século XXI, recomenda-se consultar: GUIMARÃES, J.; GARCIA, M. A; POMAR, V. *Socialismo no século XXI*. São Paulo: Perseu Abramo, 2005. SANTOS, B. S. O socialismo do século XXI. In: *Carta Maior*, 24/05/2007. REDAÇÃO. Contra o capitalismo, pelo "socialismo do século XXI". In: *Carta Capital*, 05/03/2013. ENDARA, F. D. El peligro del socialismo del siglo XXI. In: *Asturias Liberal*, 29 de maio de 2009. HOUTART, F. Um socialismo para o século XXI. In: *Adital*, 16/07/2008.

[158] Com relação as origens, a propagação e os desafios éticos do combate a fome, recomenda-se consultar: MONTEIRO, C. A.**A dimensão da pobreza, da desnutrição e da fome no Brasil.** *Estudos Avançados*,online, 2003, v. 17, n. 48, p. 7-20. MINAYO, M. C. S. (Coord.). *Raises da fome*. 3 ed. Petrópolis: Vozes, 1987. GEORGE, S. *O mercado da fome*. São Paulo: Paz e Terra, 1978. JONSSON, U.; VALENTE, F. L. S. As causas da fome. In: *Fome e desnutrição, determinantes sociais*, 1986, p. 48-65. CNBB. *Exigências evangélicas e éticas para a superação da miséria e da fome*. São Paulo: Paulinas, 1999. (Coleção Documentos da CNBB, n. 69). PONTIFÍCIO CONSELHO COR UNUM. *A fome no mundo*.Cidade do Vaticano, Palácio de São Calisto, 04 de Outubro de 1996.

[159] Sobre a crise atômica, recomenda-se consultar: CARNEIRO, D. P. Os ensaios disparatados de pró ou contra a bomba atômica. In: *Desenredos***,** ano V, n. 19, Teresina, dezembro, 2013, p. 1-8.

[160] Com relação a crise ética vivida pela homem e pela sociedade contemporânea, recomenda-se consultar: WELS, É. S. A crise dos valores éticos da atualidade. In: *IEN*, 06 de junho de 2006. CNBB. *Ética: pessoa e sociedade*. São Paulo: Paulinas, 1992. (Coleção Documentos da CNBB, n. 50).

[161] Com relação aos diversos níveis e causas da crise da cidadania que assola a sociedade contemporânea, recomenda-se consultar: CARVALHO, J. M.Cidadania: tipos e percursos.In:*Estudos Históricos*, vol. 9, n. 18, 1996. LEITE, M. P. Crise da cidadania: em foco um dos cenários das ONGs. In: *Proposta*, n. 81, jun./ago, 1999, p. 6-11. NOGUERIA, M. A. Cidadania, crise e reforma democrática do Estado. In: *Perspectiva*, São Paulo, n. 22, p. 61-84, 1999.

O processo de construção, conquista e efetivação da cidadania remonta aos gregos antigos. Na Grécia antiga já havia uma pequena parcela de indivíduos que tinham seus direitos individuais e políticos garantidos. Nessa época ser cidadão significava fazer parte de uma elite econômica e cultural. Com o advento do cristianismo a noção de cidadania se ampliou, pois, na pregação cristã todos são chamados a fazerem parte do Reino de Deus. A noção de *todos*, de universalidade é incorporada a ideia de cidadania.

Com a modernidade, especificamente com o Iluminismo, a noção de cidadania, que já continha a ideia de *todos*, passou a incorporar os direitos políticos. No entanto, é no século XX que a cidadania se expande e ganha um contorno teórico mais definido. Como consequência de muitas lutas, que atravessaram os séculos, o século XX estabeleceu a definitiva universalidade da cidadania – todos são cidadãos –e o fato do cidadão ter garantido e resguardado seus direitos individuais e políticos.

Um período de notável ampliação do contingente humano (classes sociais, minorias, etc)incorporado a cidadania foi o período entre 1948 e a 1968. Esse período é mais conhecido como os 20 anos de profunda ampliação da cidadania. Esse período engloba a aprovação e promulgação Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), em 1948, e o ponto mais alto do movimento dos direitos civis dos negros nos EUA, em 1968.

Após 1968 a sociedade lentamente e constantemente presenciou o desrespeito pelos direitos humanos e, com isso, se estabeleceu uma crise na cidadania. Por exemplo, esse desrespeito é visto no uso de armas químicas na guerra do Vietnã, no assassinato de civis indefesos na invasão do Afeganistão pela Rússia socialista, nas diversas guerras contra o tráfico de drogas, na brutal aumento da violência cotidiana, no assassinato de funcionários públicos e de policiais, no desrespeito aos direitos dos idosos, do nascituro, da criança, da mulher, do imigrante e muitos outros desrespeito. Além disso, é possível citar: a alienação da juventude, a corrupção de amplas camadas dos setores público e privado, numa ciência voltada para si mesma e distante dos anseios populares e na tecnologia que barbariza o indivíduo. A lista que envolve a crise da cidadania é extensa. Seria necessário um livro inteiro para apresentar todas as causas e ameaças à cidadania na sociedade contemporânea.

Num primeiro momento, no calor da discussão, é possível dar a seguinte sugestão: para combater a crise da cidadania é preciso ampliar a lei, colocar algum tipo de dispositivo na legislação que coíba qualquer tipo de ameaça ou retrocesso ao processo de formação e consolidação da cidadania. É uma ideia boa. Realmente em alguns e específicos casos é necessário a ampliação da legislação, justamente para que alguns grupos humanos (o feto, tribos indígenas isoladas, etc) possam ter seus direitos assegurados e, ao mesmo tempo, seja possível corrigir algum tipo de distorção ou erro que historicamente vem sendo cometido contra os direitos e liberdades individuais.

No entanto, como bem observa Paul Medeiros Krause[162], o papel, a lei, aceita qualquer coisa: aceitam o nazismo, o comunismo, a escravidão e o aborto. Pensar que apenas mudanças e alterações na legislação vai resolver a crise da cidadania é uma visão

[162]KRAUSE, P. M. O Estado não é laico; adota uma religião materialista. In: *In Guardia*, 12 de novembro de 2013, p. 1.

um tanto quanto ingênua do problema. Dentro da legislação, por meio de algum sofisma jurídico, histórico ou filosófico, é possível se acrescentar qualquer norma técnica que fira, coloque em xeque ou até mesmo acabe com a cidadania.

Não há uma solução simples, rápida e barata para a crise da cidadania. Muito menos essa crise será resolvida ou amenizada por meio de significativas alterações na legislação.

Para dar algum tipo de encaminhamento a crise da cidadania é preciso ir além da legislação, é preciso repensar o *status* do homem no mundo e qual a missão última, mais nobre e ética, que o homem tem na sociedade.

Uma forte e viável possibilidade de se repensar a condição do homem no mundo é justamente a proposta de humanismo integral proposta por Jacques Maritain. Dentro da crise da cidadania, é possível repensar o homem e encontrar uma saída para a crise por meio da dimensão do homem integral de Maritain.

É preciso perceber que, em grande medida,a crise da cidadania foi instalada porque, ao longo dos últimos 150 anos, se perdeu a noção que o homem é um ser integral e total. O homem é uma síntese e um conjunto complexo formado pela razão, pela emoção, pela poesia, pela vida mística e religiosa, pela dimensão econômica e muitas outras dimensões. No mundo moderno, como bem denunciou Jacques Maritain, o homem passou a viver uma vida unidimencional. Uma vida pautada ou na economia ou na razão ou então em outra dimensão da vida humana. O homem integral foi esquecido e, em muitos ambientes, morreu.

Apontam-se dois grandes motivos para a proposta do humanismo integral de Jacques Maritain ser importante para dar um direcionamento a crise da cidadania.

O primeiro motivo é que essa proposta não nega nenhum grau ou escola do humanismo universal. Todas as propostas de humanismo, de uma forma mais direta ou indireta, estão contidas dentro do humanismo integral de Maritian. Nessa manifestação do humanismo está condito, por exemplo, o humanismo antigo, representado por Aristóteles, e o humanismo da Renascença, representado por Erasmo de Roterdã.

O segundo motivo é que o humanismo integral de Maritain não exclui nenhum nível e categoria da vida humana. Todos os níveis da vida humana (feto, criança, adulto, idoso, etc) são incorporados ao humanismo integral. Sem contar que todas as formas de pensar e de manifestação da humanidade (dança, arte, religião, ciência, política, economia, etc) são incorporados por esse humanismo. De fato trata-se de um humanismo amplo, total e integral.

Por fim, afirma-se que a sociedade contemporânea passa por muitos e difíceis problemas. Em grande medida, a origem mais remota desses problemas é justamente a crise da cidadania. Por isso que encaminhar algum tipo de solução para essa crise é tão urgente e necessário. Dentro desse quadro o humanismo de Jacques Maritian emerge como uma real possibilidade de amenizar e, porque não dizer, resolver essa crise.

CAPÍTULO X

A INCAPACIDADE CIVIL, À LUZ DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Lucas Emanuel Ricci Dantas[163]
Giovanna Rossetto Magaroto Cayres[164]

Resumo: O presente artigo trata a respeito da nova lei 13.146/2015 conhecida como Estatuto da pessoa com deficiência, que visa homenagear o principio da dignidade da pessoa humana. Ocorre que essa lei trouxe algumas mudanças, especialmente no tocante a teoria da incapacidade civil previsto no Código Civil/2002. Sendo de suma importância a proteção jurídica desses vulneráveis, que é realizado por meio de representação ou assistência, dando a necessária segurança, quer em relação a sua pessoa, quer em relação ao seu patrimônio, possibilitando o exercício de seus direitos. Ocorre que as referidas alterações demonstram a clara intenção do legislador em retirar o emblema da incapacidade e da exclusão da pessoa com deficiência, abrindo-se caminho para o exercício pleno de sua cidadania e para a inclusão social. Entretanto, há uma grande controvérsia que reside sobre a supressão de todo um sistema de proteção da pessoa com deficiência, que produz relevantes efeitos jurídicos em diversas áreas do direito.Por fim, ressalta-se que a pesquisa se fundamentou na compreensão originada de comparadas bibliográficas, livros e doutrinas e fonte de pesquisa.

Palavras-chave: Incapacidade Civil.Estatuto da pessoa com deficiência.Código Civil.

Abstract: This article is about the new law 13,146 / 2015 known as the Statute person with disabilities who seeks to honor the principle of human dignity. It turns out that this law brought some changes, especially regarding the theory of legal incapacity provided for in Civil / 2002 Code. Being of paramount importance to legal protection of these vulnerable, which is performed by means of representation or assistance, giving the necessary security, or in respect of his person, or in relation to its assets enabling the exercise of their rights. It is that these changes demonstrate a clear intention of the legislator to remove the emblem of the disability and the person's exclusion with

[163]Advogado, Mestre em Direito e Teoria Geral do Estado pelo Centro Universitário Eurípedes Soares da Rocha (UNIVEM), membro do grupo de pesquisa DIFUSO Direitos Fundamentais e Sociais, autor do livro Políticas Públicas e Direito: a inclusão da pessoa com deficiência publicado pela editora Juruá 2016. E-mail para contato: lucas@lucasdantas.com
[164] Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM. Mestranda em Teoria do Direito e do Estado pelo Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM– Marília/SP. Bolsista CAPES/PROSUP. Membro do Grupo DIFUSO – Direitos Fundamentais Sociais, cadastrada no diretório de grupos de pesquisa do CNPQ. Marília/SP. Emailpara contato: giovannacayres@hotmail.com.

disabilities, opening the way for the full exercise of their citizenship and social inclusion. However, there is a great controversy that resides on the elimination of all a person protection system with disabilities, which produces relevant legal effects in various areas of law. Finally, it is noteworthy that the search was based on the understanding of literature originated compared, books and doctrines and research source.

Keywords: Civil disability. Status of people with disabilities.Civil Code.

Introdução: O Código Civil contém um sistema de proteção aos incapazes e em vários dispositivos constata-se a intenção do legislador em protegê-los. Com efeito, a proteção jurídica dos vulneráveis, realiza-se pela representação ou assistência, que lhes dá a necessária segurança, quer em relação a sua pessoa, quer em relação ao seu patrimônio, possibilitando o exercício de seus direitos.

A capacidade é elemento da personalidade. Toda pessoa tem capacidade de direito, mas não necessariamente a capacidade de fato, pois pode lhe faltar a consciência para realização dos exercícios dos atos de natureza privada. Entende-se que a incapacidade é a falta de aptidão para praticar pessoalmente atos da vida civil , pela falta da capacidade de fato ou de exercício.

Em janeiro de 2016, entrou em vigor o Estatuto da pessoa com deficiência (Lei 13146/15), trazendo diversas alterações em nosso ordenamento jurídico, especialmente no rol de incapacidade, o que está gerando dúvidas sobre o futuro dessas pessoas diante das mudanças. O fato é que as pessoas que se encontravam elencadas no artigo 3º e 4º do Código Civil, ficaram de certa forma abandonadas a própria sorte.

A intenção do legislador foi homenagear o principio da dignidade da pessoa humana, fazendo com que essas pessoas que antes eram excluídas, fossem consideradas como iguais, ou seja, a pessoa com deficiência tem assegurado de acordo com o Estatuto, o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas. Assim, a dignidade humana como direito fundamental e inerente à personalidade humana atrai sempre outros princípios igualmente garantidores de sua realização prática, como a igualdade, com vistas a reforçar o modelo social da deficiência que encontra amparo na legislação internacional.

Com a nova lei (art. 114) todos os incisos do artigo 3° do Código Civil foram revogados, exceto o que se refere aos menores de 16 anos. Estes continuam a ser absolutamente incapazes para os atos da vida civil. O art. 4º foi também modificado e pela nova redação (dada também pelo art. 114 da lei) são considerados relativamente incapazes, os ébrios habituais e os viciados em tóxico e aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade.

Além disso os portadores de deficiência mental passam a ter plena capacidade, podendo inclusive casar, constituir união estável e exercer guarda e tutela de outrem, como previsto explicitamente no art. 6º da lei 13.146/2015.

Essa modificação do rol de incapacidade tem o intuito da inclusão social, mais não se sabe até que ponto isso será benéfico, principalmente para aquelas pessoas que necessitam de auxilio para realização dos atos da vida civil.

Assim, diante dessa lei, que traz outras tantas alterações, teceremos breves apontamentos sobre o assunto.

1- A Incapacidade no Código Civil de 2002

Toda pessoa natural possui o atributo da personalidade, mas nem toda pessoa tem o atributo da capacidade. Sendo assim, a legislação dividiu em duas espécies os capazes e os incapazes.

No direito Brasileiro não existe incapacidade de direito, porque todos se tornam, ao nascer, capazes de adquirir direitos. Há, portanto, somente incapacidade de fato ou de exercício. A incapacidade é a restrição legal ao exercício dos atos da vida civil, imposta pela lei somente aos que, excepcionalmente necessitam de proteção, pois a capacidade é a regra. (DINIZ, 2002, p. 140).

Então as pessoas portadoras da capacidade de direito ou de aquisição de direitos, mais não possuidoras de fato ou de ação, tem capacidade limitada e são chamadas de incapazes. E com o intuito de protegê-las, tendo em vista as suas naturais deficiências, a lei não lhes permite o exercício pessoal de direitos, exigindo que sejam representados ou assistidos nos atos jurídicos em geral.

Segundo a autora Diniz (2005, p. 191) "[...] a incapacidade de fato ou de exercício é a restrição legal ao exercício dos atos da vida civil, sendo que tal incapacidade pode ser absoluta ou relativa."

Ocorre que com o Estatuto da Pessoa com Deficiência em vigor, o instituto da incapacidade civil precisa ser revisitado, a partir das tônicas estabelecidas pela legislação internacional. Neste ponto elege-se como modelo paradigma o Decreto Legislativo 186/08, que promulgou a Convenção Internacional de Direitos da Pessoa com Deficiência, estabelecendo um novo conceito de deficiência. O conceito social, assunto tratado em tópico a parte.

Na leitura do instituto da incapacidade civil devemos nos ater que o estado patológico, não fornece uma condição de estigma para incapacidade ora tratada, Paulo Lobo citando Pietro Perliengieri (2013, p. 109) sustenta:

> O estado pessoal patológico, ainda que permanente da pessoa, que não seja absoluto ou total, "não se pode traduzir em uma série estereotipada de limitações e proibições que, no caso concreto, isto é, levando em consideração o grau e a qualidade do déficit psíquico, não se justificam e acabam por representar camisas de força totalmente desproporcionais e principalmente, contrastantes com a realização do pleno desenvolvimento da pessoa".

Observa-se, que a proteção da dignidade da pessoa humana com fulcro no instituto da incapacidade civil, deve ser modulada de acordo com os fatos reais apresentados pelo possível interditando/incapaz. A modificação do Estatuto, quer retirar o preconceito existente em relação a pessoa com deficiência, pois a pessoa incapaz não é dotada de "normalidade" perante a legislação, pois denota-se "estado normal e procedimento normal são modos de ser e atuar, de acordo com o que é regular e coerente,

em consonância com padrões estabelecidos e modelos assentes" (TELLES JÚNIOR, 2011, p. 17).

A retirada da incapacidade do Código Civil, não proíbe que os juízes modulem os efeitos de suas sentenças. O discernimento mental continuará sendo base para existência e validade de negócios jurídicos, se diferente fosse, teríamos um caos social. Todavia se denota um avanço legislativo, quando a lei não enrijece a incapacidade por decorrência direta da patologia apresentada, percebe-se doutro modo que o novo artigo do Código Civil resiste a catalogação médica e a tendência social de se reduzir certas condições patológicas a incapacidade. Contudo reitera-se que a mesma capacidade ainda pode ser suprida pela decisão modular dos juízes.

Supre-se a incapacidade, que pode ser absolutamente ou relativamente, conforme o grau de imaturidade, deficiência física ou mental da pessoa, pelos institutos da representação e da assistência. Desta forma, o artigo 3º do Código Civil menciona os absolutamente incapazes de exercer pessoalmente seus direitos e devem ser representados, sob pena de nulidade do ato, previsto no artigo 166, inciso I. Já o artigo 4º enumera os relativamente incapazes, dotado de algum discernimento e por isso autorizado a participar dos atos jurídicos de seu interesse, desde que devidamente assistidos por seus representantes legais, sob pena de anulabilidade, previsto no artigo 171, inciso I, salvo algumas hipóteses em que se lhes permite atuar sozinho. (GONÇALVEZ, 2011, p. 111).

Na incapacidade absoluta não é permitido que o incapaz participe do ato, pois goza de proibição total do exercício. O ato é praticado somente pelo seu representante legal. Assim, estão elencados como absolutamente incapazes:

> "**Art. 3º** São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:
> I – os menores de dezesseis anos.
> II – os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;
> III – os, que mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade."

Em todos os casos indicados, a vontade do sujeito não é considerada como suficiente para praticar os atos da vida civil sozinho, em razão da idade reduzida, de enfermidade ou qualquer outra causa que afete o seu discernimento a ponto de exigir a presença do representante.

Assim, absolutamente incapazes não podem praticar nenhum ato da vida civil sem que seu representante legal, sendo que os menores de dezesseis anos estão sujeitos a tutela e os demais casos de incapacidade estão sujeitos a curatela. (NEGRÃO; GOUVÊA, 2007, p. 45).

Já a incapacidade relativa permite que o incapaz pratique por si só os atos vida civil, desde que assistido, por quem o direito encarrega deste ofício, em razão de parentesco, em relação de ordem civil ou designação judicial, sob pena de anulabilidade. (CASSETTARI, 2006, p. 31).

Reconhece que na incapacidade relativa o incapaz tem certo discernimento para praticar um ato, mais deverá ser acompanhado, ou seja, assistido por um representante legal. Sendo assim, o Código Civil tratou dos relativamente incapazes no artigo 4º:

> "Art. 4º: São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:
> I – os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;
> II – os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;
> III – os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;
> IV – os pródigos.

Nestes casos, o discernimento é reduzido, de modo que se relativiza a incapacidade, permitindo sua atuação jurídica com assistência. No caso dos relativamente incapazes, a lei não lhes retira a participação na vida jurídica.

Percebe-se,que inúmeras pessoas deficientes não eram tratadas como incapazes pelo Código Civil em sua versão original, como por exemplo, cadeirantes, surdos, mudos. A deficiência por si só não era motivo de incapacidade, mas apenas questões relacionadas à expressão da vontade e ao discernimento.

2- Alteração do rol de incapacidade civil decorrente do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Há muito tempo têm se discutido sobre um Estatuto específico para os deficientes em busca da mesma importância que se tem com o Estatuto do idoso e da criança e do adolescente, por exemplo. E depois de anos, temos a feliz notícia de que foi aprovado o Estatuto da Pessoa com Deficiência, que traz regras e orientações para a promoção dos direitos e liberdades dos deficientes visando a inclusão social e cidadania. Sua base no direito internacional público vem da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo e no § 3º do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, ou seja, a Lei 13.146, trouxe diversos avanços no tratamento digno e igualitário para pessoas com algum tipo de deficiência, representando, nesse ponto, um avanço. Entretanto, eventuais alterações devem ser bem estudadas, pois podem vir a dificultar a vida das pessoas que se buscava proteger.

Na verdade, o que se pretende é reafirmar a necessidade de inclusão da pessoa com deficiência, não apenas no contexto jurídico, mas no sistema social, partindo-se do reconhecimento da igualdade, formal e material, e do exercício pleno da cidadania, reconhecendo-se a titularidade de direitos e extraindo-se a conclusão de que a "capacidade civil constitui um direito fundamental do ser humano, corolário de sua dignidade e liberdade. (ROSENVALD, 2013, p. 147.)

Entretanto, segundo a nova legislação, pessoa com deficiência é aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, a qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas (art. 2º). Ou seja, não há distinção entre deficiência física ou psíquica (AGUIRRE, 2015).

As mudanças introduzidas pela Lei nº 13.146/2015, embora muito bem intencionadas, podem ter impactos desastrosos sobre a segurança jurídica esperada. Há no novo sistema uma confusão entre os termos incapacidade, interdição e curatela e seus

limites, bem como questões relacionadas à validade dos atos praticados pelo deficiente para o qual não se nomeou curador. Do mesmo modo, a questão da relativa incapacidade daqueles que, por causa provisória ou permanente, não possam expressar sua vontade e ainda a questão da suspensão da prescrição e da decadência para o incapaz que devem ser analisadas dentro do novo sistema, além de outras alterações.

Os artigos do Código Civil de 2002 que definiam as incapacidades, foram alterados pela Lei nº 13.146/2015, implicando alterações nos absolutamente e relativamente incapazes. Em síntese, os arts. 3º e 4º do Código Civil passam a ter a seguinte redação, in verbis:

> **"Art. 3º** São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.
> I - (Revogado);
> II - (Revogado);
> III - (Revogado).
>
> **"Art. 4º** São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:
> I - (Revogado);
> II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;
> III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;
> IV– (revogado)."

Observa-se que teve uma alteração no rol das incapacidades. A primeira delas é a redução do número de absolutamente incapazes, que passa a abranger apenas os menores de 16 anos. A segunda envolve aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade que passam a ser relativamente incapazes. A terceira alteração envolve os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido que deixam de ser incapazes, relativamente ou absolutamente para adquirirem capacidade plena. A quarta alteração envolve os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo que também passou a ser completamente capazes.

E o portador de transtorno mental que sempre foi tratado como incapaz, nos termos da nova lei, será plenamente capaz para praticar os atos da vida civil. (VIEGAS, 2015).

As alterações operadas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência trazem a tona uma discussão entre qual seria o melhor caminho para a promoção da dignidade da pessoa com deficiência, a "dignidade-vulnerabilidade" ou da "dignidade-liberdade" (TARTUCE, 2015).

Sendo a teoria da incapacidade um tema importante do Direito Civil e que gera reflexos em várias outras áreas do Direito, não há dúvidas do profundo impacto que a Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015 gerará em seu âmbito.

3- Os impactos do Estatuto da Pessoa com Deficiência no sistema jurídico brasileiro

Será grande o impacto da **Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015** que entrou em vigor em janeiro de 2016, apesar de muitos ainda não terem conhecimento de que a alteração do rol de incapacidade pode gerar discordância e angustia para a maioria das pessoas que se encontravam elencados nesse rol.

Para a maioria dos autores, o Estatuto é um verdadeira conquista social, por homenagear o princípio da dignidade da pessoa humana. Entretanto possui algumas consequências para o Direito Civil assim em vários outros ramos jurídicos.

Apesar da nova lei ter considerado o sujeito capaz, na vida cotidiana este não consegue exprimir sua vontade. Há pessoas que por fatores físicos são incapazes de manifestar sua vontade, mas que passam a ser considerados capazes por força do Estatuto.

Antes do Estatuto entrar em vigor, um sujeito com deficiência que passava por um processo de interdição era considerada absolutamente incapaz, e seu representante legal na qualidade de curador o representava para os atos da vida civil.Entretanto, com a mudança trazida pelo Estatuto, tal sujeito, apesar da sua deficiência, passa a ser reconhecido como capaz.

Segundo a nova legislação, a pessoa com deficiência é aquele que tem impedimento de longo prazo, de natureza física, mental, intelectual ou sensorial e não deve ser mais considerada incapaz, na medida em que os artigos 6º e 84do Estatuto, deixam certo que a deficiência não afeta a plena capacidade civil do individuo:

> Art. 6º. A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para:
> I - casar-se e constituir união estável;
> II - exercer direitos sexuais e reprodutivos;
> III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar;
> IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória;
> V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária;
> VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.
>
> Art. 84. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas.

A nova lei gera, no âmbito familiar, inclusão plena das pessoas com deficiência, pois nem toda a deficiência retira o discernimento para a tomada de decisão para constituição ou formação de uma família. Entretanto, a decisão de se casar é um ato de vontade, e se tiver esse ato em razão da sua deficiência, o casamento será considerado inexistente.(TARTUCE, 2015).

O Estatuto promove a consolidação do conceito social da deficiência, impedindo a catalogação médica e a redução da incapacidade a possíveis patologias já enumeradas, haja vista que a incapacidade não está no conceito clinico e sim na interação da deficiência com a sociedade. Assim, a possível incapacidade não está na deficiência em si, mas nas dificuldades que estas pessoas encontram na sociedade.

A intenção do Estatuto foi de homenagear o princípio da dignidade da pessoa humana, fazendo com que a pessoa com deficiência deixasse de ser reconhecida como incapaz, e passasse a ser considerada como um sujeito de plena capacidade legal, ainda que haja a necessidade de adoção de institutos assistenciais específicos, como a tomada de decisão apoiada e, extraordinariamente, a curatela (LEITE, 2012, p. 38).

A interação da deficiência com o ambiente é o que produz a real deficiência, é esta a tônica do modelo social, que inaugurado pelo Decreto Legislativo 186/08 irradiou luzes ao presente Estatuto da pessoa com deficiência, neste caso o paradigma do modelo médico foi mudado para o social, "no qual a deficiência não é um atributo da pessoa, mas uma condição que se expressa a partir de dificuldades, de barreiras sociais, e principalmente de barreiras físicas em que terá o individuo que transpô-las para poder usufruir plenamente do espaço em que vive" (LEITE, 2012, p. 41).

Assim, diante da nova lei, a curatela, restrita aos atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial, passa a ser uma medida extraordinária, conforme artigo85, § 2º": A curatela constitui medida extraordinária, devendo constar da sentença as razões e motivações de sua definição, preservados os interesses do curatelado". Então o sujeito é dotado de capacidade legal, ainda que se seja necessário institutos assistenciais para a condução de sua vida.

A alteração pontual do instituto da incapacidade reforça o modelo social, contudo vai além, algumas perguntas devem ser respondidas para o conhecimento jurídico, como por exemplo: Quem pode casar? Quem pode ter direitos sexuais? Quem pode ter controle de sua fertilidade? Entre outras perguntas. Elucidadas essas três, haja vista o conteúdo do artigo 6º do presente estatuto. Entretanto tema objetivamente fundamental para preservação do núcleo da dignidade da pessoa humana.

A retirada da deficiência mental do rol das incapacidades, reforça o instituto constitucional da inclusão, constitucional pois todas as normas que se originaram da convenção internacional foram incorporadas como norma constitucional no Estado brasileiro. O modelo social a que estamos nos referindo, reforça o presente paradigma

constitucional buscando eliminar a exclusão social. Garcia (2015, p. 469) nessa linha sustenta:

> A exclusão das pessoas com deficiência resulta do processo histórico cultural e permite a analise da deficiência de acordo com o modelo social, na medida em que os espaços sociais anunciam a esse grupo que ele está fora do lugar, já que toda a sociedade é construída para as pessoas normais e as pessoas inadaptadas devem permanecer de fora. Tudo isso reforça o preconceito, a discriminação e o estereotipo que atingem o grupo e que justificam a utilização de políticas públicas destinadas a inclusão social.

Deve-se atentar que a mudança promovida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, não é apenas uma realidade jurídica do âmbito civil, mas é uma reclamação social dos valores constitucionais estabelecidos pela Carta Política de 1988. Ressalta-se que a organização do Estado é pautada por princípios como a fraternidade, a igualdade e a solidariedade, alteração da incapacidade promove diferentes percepções ontológicas para o meio social. Nesse sentido Rolnik (1995, p. 3) afirma "No entanto, a realidade não se restringe ao visível e a subjetividade não se restringe ao eu: a sombra disso tudo, no invisível, o que há é uma textura ontológica que vai se fazendo de fluxos em partículas que constituem nossa composição atual."

O enquadramento da deficiência em mero artigo positivado não permite a análise real dos fatos que conduzem a capacidade ou não da pessoa que possui o impedimento. Os caracteres do novo estatuto não levam apenas a mudança jurídico positivas que influenciam meramente o gabinete do julgador, mas propõe uma hermenêutica atualizada e aliada ao contexto social demandante, extrapolando os conceitos normativos que de certa forma ficaram antigos com o advento do direito internacional.

Toda a orientação legislativa visa a quebra de estereótipos que possam conduzir a discriminação social, com o instituto das incapacidades não poderia ser diferente. Assim como de maneira constitucional e dentro de um movimento internacional a legislação reconheceu a possibilidade da união homoafetiva, agora a legislação civil inova e se adequa, por força do estatuto, ao conceito social da deficiência, reconhecendo que a deficiência por si só não traz incapacidade e sim uma possível patologia de natureza grave que afete de forma fulcral o discernimento. Decorrente da alteração do rol das incapacidades alguns artigos devem ser mencionados.

O Estatuto propicia a formação da imagem da pessoa com deficiência, dotada de dignidade e estrema possibilidade de viver a vida em condições paritárias como os demais cidadãos na sociedade, por isso reforça os direitos da pessoa com deficiência em todas as áreas possíveis. A visão da legislação de forma planificada demonstra que hoje há uma norma de eficácia plena que busca trabalhar todos os elementos da vida da pessoa com deficiência, indo contra o culturalismo arraigado na sociedade. No entanto, as "imagens do outro" somos nós que as criamos. (GUSMÃO, 1999, p. 42).

A legislação tratou de criar a imagem da pessoa com deficiência para a sociedade evitando qualquer distinção que possa promover uma discriminação dentro de fatos tutelados pelo direito.

Deve-se pontuar ainda, á guisa de esclarecimentos fundamentais, que a capacidade é condição básica de fruição dos direitos fundamentais que reforçam o mínimo vital, a pessoa com deficiência não pode mais ser vista como um numero reduzido a um contingente populacional que traduz uma minoria, sob pena de ter sua cidadania vilipendiada. Nussbaum (2013, p. 89-90) sobre a teoria das incapacidades adverte:

A ideia intuitiva básica de minha versão do enfoque das capacidades é que devemos começar com uma concepção de dignidade do ser humano e da vida que seja apropriada a essa dignidade – uma vida que tenha á sua disposição "funcionamentos verdadeiramente humanos" no sentido descrito por Marx (...) Marx fala do ser humano como ser que "necessita de uma pluralidade rica de atividades vitais", e o enfoque das capacidades também se aproveita dessa idéia, insistindo que as capacidades para as quais todos os cidadãos estão autorizado são muitas e não uma. (sic)

Nisto compreende-se que não cabe a legislação moderna, amparada no direito internacional e no neoconstitucionalismo, limitar por força legal a capacidade vital do ser humano por conta de um estado clinico patológico. Entendemos que o avanço do Estatuto, denota preocupação em afastar a medicina do direito, ou melhor dizendo, em coibir a "medicalização do sujeito de direito"

A bem da verdade, o Estado promove por meio da norma gerada a concepção da pessoa com deficiência de forma holística, há nesse ponto uma implicação filosófica e de responsabilidade coletiva que gera o reconhecimento social da pessoa com deficiência, como um ser digno. Poderia se pensar que antes do Estatuto não haveria dignidade para a pessoa com deficiência, contudo, os fatos que evidencia tal dignidade é a plena participação e o reconhecimento pelo Estado de direitos inerentes a condição de deficiente. O autor Lorenzo (2010, p. 92) explica:

Na concepção holista, o Homem é um ser inteiramente social, resultando da sociedade e existindo em função dela. Nesta perspectiva, o Estado e a Sociedade se identificam, sendo o Estado o órgão dotoso. Esse todo é dotado de uma consciência que se manifesta nas consciências individuais, sendo anterior e superior a ela.

O Estado enquanto produtor legislativo e executor de norma pragmáticas, deve por obrigação legal promover os valores constitucionais a qual se propôs perante o Constituinte. Este caminho deve ser percorrido por promover a solidariedade e a fraternidade entre os seus cidadãos, qualquer dissenso, e nisso inclui-se o preconceito, é moralmente repudiável e fato inconstitucional.

A ótica do Estado Brasileiro em editar o Estatuto foi sem sombra de dúvida, construir uma legislação que permita a solidariedade entre as pessoas com ou sem deficiência, a premissa da incapacidade coibia qualquer tentativa de se efetivar esse principio constitucional, pois reduzia a dignidade da pessoa a critérios de incapacidade. Entenda-se, "A solidariedade refere-se ao papel do meio social na realização da dignidade da pessoa, aquele aspecto extrínseco que diz respeito ao reconhecimento." (Lorenzo, 2010, p. 131).

O desenvolvimento do Estatuto, portanto eleva o Estado ao papel que já era seu, por força da Constituinte de 1988 de promotor da vida social. Garante a pessoa com deficiência a participação na rede de relacionamentos sociais permitindo, ou dando vias de permissão a sua cidadania por meio da construção da solidariedade. Sobre esta o autor acima continua "Ela é o aglutinante da vida social que une as pessoas e os grupos em torno do bem comum partindo das relações baseadas no reconhecimento, tendo como resultado a igualdade." (p. 132)

A promoção da solidariedade tem implicações éticas obvias tanto para o Estado quanto para a população, devendo implicar em ações fáticas de combate a discriminação e a eliminação de barreiras de todo o gênero, que contribuam para a existência da deficiência. Além dessa questão de responsabilidade social e filosófica também foram feitas profundas alterações na legislação civil, tema abordado a frente.

4. ALTERAÇÃO DA LEGISLAÇÃO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL

Nesta esteira, o caput do art. 1768 do Código Civil, também sofre alteração. Teve suprimido a palavra interdição e foi substituído por "processo que define os termos da curatela":

> **Artigo 1.768**. O processo que define os termos da curatela deve ser promovido:
> I - pelos pais ou tutores;
> II - pelo cônjuge, ou por qualquer parente;
> III - pelo Ministério Público;
> IV - pela própria pessoa.

Vale salientar que houve uma pequena mudança, pois o inciso I, II e III não foram alterados, entretanto teve um acréscimo, previsto no inciso IV, que admite a auto-interdição.Porém o novo CPC (Lei 13.105/05) revoga o artigo 1.768 do Código Civil (art. 1.072, II) que é alterado pelo Estatuto. Além disso, no artigo 747 do novo CPC, prevê quem pode promover a interdição:

> **Artigo 747.** A interdição deve ser promovida:
> I - pelo cônjuge ou companheiro;
> I - pelos parentes ou tutores;
> III – pelo representante da entidade em que se encontra abrigado o interditando;
> III - pelo Ministério Público.

Pensando na vacatio de ambas as leis. A vacatio legis do Estatuto é de 180 dias contados a partir da publicação e a vacatio do novo CPC é de 1 ano . Conclui-se que o tempo de vidado artigo 1.768 do Código Civil alterado pelo Estatuto será bem curto.

Em outros pontos, percebemos que no âmbito do Direito Matrimonialsurgiu mudanças. Houve a revogaçãodo art. 1.548, inciso I do Código Civil/2002, sendoacrescentado o §2º ao art. 1.550.

> **Art. 1.548.** É nulo o casamento contraído:
> **I -** pelo enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil;
>
> **Art. 1.550**. É anulável o casamento:
> **§ 2º-** A pessoa com deficiência mental ou intelectual em idade núbia poderá contrair matrimônio, expressando sua vontade diretamente ou por meio de seu responsável ou curador.

Ocorre que o artigo 85 da nova Lei, diz que o curador do deficiente só atuará nos atos de natureza patrimonial e negocial, mas com o inciso do artigo 1550 do Código Civil, a vontade de casar pode ser dada pelo curador. O fato é que, casar-se depende de uma vontade única e exclusivamente própria da pessoa, e admitir que o curador pode expressar sua vontade por este, pode permitir que aconteça fraude (SIMÃO, 2015).

É evidente as diversas alterações, inclusive no âmbito processual. Observa que o art. 8º da Lei 9.099 de 1995, impede o incapaz de postular em Juizado Especial. Mais com a entrada em vigor do Estatuto, certamente perderá fundamento a vedação, quando se tratar de demanda proposta por pessoa com deficiência, pois esta é considerada plenamente capaz, podendo desta forma, postular em juízo.

Outra mudança importante foi no artigo 198 do Código Civil/2002 que prevê que não ocorre prescrição contra os incapazes de que trata o artigo 3º do Código Civil (absolutamente incapazes). Entretanto, pelo Estatuto, a suspensão da prescrição deixaria de contemplar os deficientes, continuando a correr normalmente prescrição contra eles.

Já os artigos 166, I e 171, I do Código Civil/2002, considera-se nulos os atos praticados pelos absolutamente incapazes e anuláveis aqueles praticados pelos relativamente incapazes. Que pelo entendimento do Código Civil, estando ou não interditado o agente, ele era incapaz e os seus atos já eram inválidos. Mais segundo o Estatuto, estes não são mais considerados incapazes. Temos, portanto, que os atos praticados por eles são válidos. (SIMÃO, 2015).

Seria ilógico não pensar que alguns efeitos de se retirar a incapacidade podem ser negativos e até nefastos para proteção civil da pessoa com deficiência intelectual, sobremaneira não se quer negar tais fatos. Entrementes, o julgador não se exime de buscar a melhor conduta e modular a sua sentença, verifica-se que num caso prático a pessoa realmente incapaz não vai querer ou ter vontade própria para levantar a sua interdição e os órgãos de apoio, tais como Defensoria Pública e Ministério Público não permitirão que o instituto da capacidade seja banalizado.

A alteração dos artigos do Código Civil redundam na superação de uma ideia histórico cultural que a deficiência gera a incapacidade, isto automaticamente traz no âmbito social uma discriminação, mesmo que seja apenas uma norma codificada. O

Código Civil anterior já trabalhava com problemas de terminologia que conduziam a discriminação social. Lobo (2013, p. 111) afirma tal fato:

> O CC anterior referia se aos "loucos de todo gênero", o que importava identificar as espécies conhecidas de loucura, segundo a tipologia psiquiátrica que sempre rendeu criticas dos especialistas. Já em 1912, o psiquiatra Franco da Rocha chamava a atenção à interdição completa, absoluta; era uma degradação que aniquilava a pessoa diante da sociedade e de seus próprios olhos.

Então sendo a pessoa um deficiente, o enfermo ou excepcional pessoa plenamente capaz, terá uma outra desvantagem, pois a quitação por ele dada é válida e eficaz, tirando a incidência do artigo 310 do Código Civil " não vale o pagamento cientemente feito ao credor incapaz de quitar, se o devedor não provar que em benefício dele efetivamente reverteu".

Outro ponto interessante, é o caso de doação, que para receber terá de exprimir sua vontade, o que, atualmente, não é necessário em sendo absolutamente incapaz (art. 543 do CC). Mais com a nova lei, esse sujeito, considerado agora capaz, deve aceitar a doação.

E por fim, pelo atual Código Civil, quem responde pelos danos causados pelos incapazes são seus representantes legais , ou seja, pais, tutores ou curadores. Mais sendo estes capazes, de acordo com o Estatuto, passarão a responder com seus próprios bens pelos danos que causar a terceiros, afastando-se a responsabilidade subsidiária prevista no 928 do Código Civil.

Nesse sentido, partilhamos da opinião de Flávio Tartuce, para quem "o sistema de incapacidades deixou de ter um modelo rígido, passando a ser mais maleável, pensado a partir das circunstâncias do caso concreto e em prol da inclusão das pessoas com deficiência, tutelando a sua dignidade e a sua interação social" (TARTURE, 2015)

Então qual o efeito prático da mudança proposta pelo Estatuto?.Como praticarão os atos da vida civil se não conseguem fazê-lo pessoalmente e sozinho? Diante das alterações, trouxe o Estatuto alguma vantagem aos deficientes? Entende-se que apenas a prática poderá demonstrar qual caminho seria o melhor posicionamento a ser seguido.

Considerações finais

Após este breve estudo, conclui-se que o objetivo do Estatuto da Pessoa com Deficiência foi de conferir a ampla proteção ao direito fundamental à capacidade civil, privilegiando a autonomia do deficiente. Entretanto ao invés de proteger os que antes eram considerado incapazes, deixou-os mais vulneráveis e sem amparo na lei.

Vê-se, pois, que a teoria das incapacidades não foi extinta completamente, mas apenas mitigada, pois não há como considerar que se terá um país composto unicamente de pessoas plenamente capazes para os atos da vida civil.

A garantia de igualdade reconhecida pela nova lei impõe uma presunção geral de plena capacidade a favor das pessoas com deficiência, pela qual o deficiente é plenamente capaz de desfrutar os direitos civis, patrimoniais e existenciais, reconhecendo com isso que a deficiência não se reduz a apenas num quadro patológico clinico, e sim que aquela é uma possibilidade a mais de vida.

As pessoas com deficiência merecem e devem ser protegidas e incluídas na sociedade, mas não é a alteração do regime das incapacidades de fato que vai fazê-lo. Na verdade, tais alterações correm o risco de gerar insegurança e, eventualmente, causar prejuízo às pessoas com deficiência. O afastamento das pessoas com deficiência do regime das incapacidades, na forma das alterações inseridas pelo Estatuto, sem considerar as peculiaridades do caso concreto, não é uma garantia de proteção às pessoas com deficiência, pois institutos como a incapacidade sempre existiram para proteção e não para punição da pessoa. Contudo resta obvio, que o juiz poderá modular os efeitos de sua decisão em cada caso concreto, amparado sempre pelos órgãos de proteção aos cidadãos, tais como: Defensoria Pública e Ministério Público.

Referências bibliográficas

AGUIRRE, João. **O Estatuto da Pessoa com Deficiência protege o incapaz?.**Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/o-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-protege-o-incapaz-sim/15732>. Acesso em: 28 out. 2015.

CASSETTARI, Christiano. **Direito Civil**. São Paulo: Premier Máxima, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria geral do direito civil. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 18 ed. São Paulo: Saraiva,v.1, 2002.

GARCIA, Rebeca Alves de Souza. **A inclusão da pessoa com deficiência**: Aplicabilidade das ações afirmativas para extinçãode barreiras históricos-culturais in: SMANIO Gianpaolo Poggio e outro (Orgs.). O direito e as políticas públicas no Brasil. São Paulo; editora Atlas. 2015.

GONÇALVEZ, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 9º ed. São Paulo: Saraiva,v.1, 2011.

GUSMÃO, Neusa Maria Mendes de. **Linguagem, cultura e alteridade: imagens do outro.** Cadernos de pesquisa, n. 107, p. 41-78, 1999.

LEITE, Flavia Piva Almeida. A convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência: amplitude conceitual. **Revista de Direito Brasileira**. Florianópolis, v. 3, n. 2, jul/dez 2012.

LOBO, Paulo. **Direito Civil Parte Geral.**4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LORENZO, Wambert Gomes Di. **Teoria do estado de solidariedade: da dignidade da pessoa humana aos seus princípios corolários**. São Paulo. Elsevier. 2010.

NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto Ferreira. **Código Civil e legislação civil em vigor**. 26. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

NUSSBAUM, Martha. **Fronteiras da Justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie.** WMF Martins Fontes. 2013.

ROLNIK, Suely. **À sombra da cidadania: alteridade, homem da ética e reinvenção da democracia.** Na sombra da cidade. São Paulo: Escuta, 1995.

ROSENVALD, Nelson. **"A necessária revisão da teoria das incapacidades**". IN: Direito & Justiça Social. Por uma Sociedade mais Justa, Livre e Solidária. São Paulo: Atlas, 2013.

TARTUCE, Flávio. **Alterações do Código Civil pela lei 13.146/2015** (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Repercussões para o Direito de Família e Confrontações com o Novo CPC. ParteI. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI224217,21048-Alteracoes+do+Codigo+Civil+pela+lei+131462015+Estatuto+da+Pessoa+com>. Acesso em: 3 jan. 2015.

TELLES JÚNIOR, Goffredo da Silva. **Iniciação na ciência do direito.** São Paulo; Saraiva, 2011.

SIMÃO, José Fernando. **Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade. 2015.**Disponível em:.http://www.sindesprs.com.br/clipping/245.pdf. Acesso 04 jan. 2016.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. Incapacidade civil e pessoa com deficiência. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 20, n. 4515, 11nov. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/44394>. Acesso em: 4 jan. 2016.

CAPÍTULO XI

COLABORAÇÃO PREMIADA: CONTORNOS TEÓRICOS E CAPACIDADE POSTULATÓRIA DO DELEGADO DE POLÍCIA

André Luis Garcia[165]
Henrique Hoffmann Monteiro de Castro[166]

RESUMO: O presente estudo tem como objetivo evidenciar a consonância entre os dispositivos da Lei 12.850/13, que disciplinam matérias penais e processuais afetas ao instituto da colaboração premiada, e os preceitos inerentes à matéria insculpidos na Constituição Federal. Em específico, aborda a legitimidade do delegado de polícia para celebrar a colaboração premiada na fase de investigação. Evocando a ordem jurídica supraconstitucional, expressa no artigo 7.5 da Convenção Interamericana dos Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), a literalidade do §4º do art. 144 da Carta Constitucional e a inteligência do conjunto de normas processuais em vigor, que legam à figura do delegado de polícia a dicotômica incumbência de conduzir as investigações criminais e as funções de polícia judiciária, o artigo tem por escopo último assentar a constitucionalidade da colaboração premiada levada a efeito a partir da proposta de acordo manejada pela autoridade de polícia judiciária durante as investigações.

PALAVRAS-CHAVE: Colaboração premiada. Inquérito policial. Delegado de polícia. Capacidade postulatória. Constitucionalidade da Lei 12.850/13

[165]Especializando em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Estadual de Londrina. Bacharel em Direito pela Faculdade Paranaense.
[166] Professor da Escola da Magistratura do Paraná, da Escola do Ministério Público do Paraná, da Escola Superior de Polícia Civil do Paraná e da Escola Nacional de Polícia Judiciária. Professor Coordenador do Curso CEI e da Pós-Graduação em Ciências Criminais da FAIPE. Mestrando em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Gama Filho, e em Segurança Pública pela UNIESP. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Colunista do Conjur. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal e da Associação Internacional de Direito Penal. Delegado de Polícia Civil do Paraná. Assessor Jurídico da Federação Nacional dos Delegados de Polícia Civil.

1 INTRODUÇÃO

A definição temática do presente trabalho se deve, com evidência, à celeuma doutrinária surgida a partir das inovações processuais suscitadas pela Lei 12.850/13 que deu nova roupagem ao ordenamento jurídico pátrio no tocante ao instituto da colaboração premiada, sua operacionalização e suas consequências.

O assunto ganhou maior relevo em virtude do incremento de sua utilização do plexo de investigações e ações penais que apuram crimes financeiros, de lavagem de capitais e contra a Administração Pública, praticados por agentes políticos, servidores públicos e executivos de grandes empreiteiras, muitas vezes compondo organização criminosa que concorrem para a reiterada pilhagem do erário público.

A colaboração premiada tem se firmado como ferramenta comum na busca pela verdade dos acontecimentos, consubstanciando-a em elementos probantes. Registram-se às dezenas as adesões de investigados, réus e até condenados às propostas de colaboração ofertadas por membros do Ministério Público e delegados de polícia, o que, inegavelmente, proporcionou ao Estado-investigador lançar olhos sobre a autoria e materialidade de crimes até então cortinados.

É fato, também, que valer-se desta modalidade investigativa está longe de ser, em termos de constitucionalidade, uma prática aceita pela doutrina de forma unânime. Questiona-se se eventual opção legislativa de acolhimento da colaboração premiada como instrumento idôneo a atingir as finalidades do sistema penal pode ser compatibilizada com princípios e garantias constitucionais.

Respeitados doutrinadores repudiam a forma como são feitas as propostas de colaboração, em especial quando o anuente se encontra preso. Para alguns, a delação, nestas condições, se aproxima de uma *tortura legalizada*, e muito faz lembraras técnicas medievais de interrogatório, como os procedimentos de perquirição adotados no período da Santa Inquisição, no século XVIII.

Há, ainda, aqueles que pugnam pela imoralidade do acordo, vendo no comportamento do colaborador um inescrupuloso ato de deslealdade para com os delatados, não sendo lícito ao Estado premiar um traidor. Nesta senda:

> É tremendamente perigoso que o Direito Positivo de um país permita, e mais que isso incentive os indivíduos que nele vivem à prática da traição como meio de se obter um prêmio ou um favor jurídico. (...) Se considerarmos que a norma jurídica de um Estado de Direito é o último reduto de seu povo, (...) é inaceitável que este mesmo regramento jurídico preveja a delação premiada em flagrante incitamento a transgressões de preceitos morais intransigíveis que devem estar, em última análise, embutidos nas regras legais exsurgidas do processo legislativo.[167]

[167] MOREIRA, Rômulo de Andrade. Curso Temático de Direito Processual Penal. Salvador: Editora Juspodivm, 2009, p. 440.

Há, contudo, uma considerável parcela da doutrina que vê na colaboração premiada uma necessária e valiosíssima diligência a ser adotada em investigações criminais e instruções penais que apuram crimes cometidos por organizações criminosas. Para estes autores, a colaboração encontra justa guarida na Constituição Federal e deve ser aplicada sempre que cabível. Neste sentido:

> (...) significa a possibilidade de se reduzir a pena do criminoso que entregar o(s) comparsa(s). É o "dedurismo" oficializado, que, apesar de moralmente criticável, deve ser incentivado em face do aumento contínuo do crime organizado. É um mal necessário, pois trata-se da forma mais eficaz de se quebrar a espinha dorsal das quadrilhas, permitindo que um de seus membros possa se arrepender, entregando a atividade dos demais e proporcionando ao Estado resultados positivos no combate à criminalidade.[168]

Consignado, pois, o embate doutrinário acerca da validade ou invalidade jurídica do instituto, mas superado este conflituoso aspecto, busca, o presente trabalho, o estudo mais circunscrito e profícuo sobre pontual questão acercada operacionalização do acordo de colaboração, ainda no decorrer da fase investigativa da persecução penal.

Melhor explicando: o acordo de colaboração premiada proposto inicialmente pelo delegado de polícia judiciária, endossado pelo representante do Ministério Público e homologado pelo juiz, (como prevê o novel diploma) encontra ressonância com os primados constitucionais do devido processo legal ou, ao contrário, fere a Letra Maior, mitigando indevidamente a exclusividade ministerial sobre a propositura da ação penal?

Não é outro, portanto, o desiderato aqui proposto: analisar o tema em todas as suas nuances, traçando o paralelo entre as atribuições constitucionais da autoridade policial, seus respectivos comandos normativos e a compatibilidade com a Lei 12.850/13, especificamente com os dispositivos que cuidam de conferir proeminência à figura do delegado frente à proposta de colaboração premiada, sem, conquanto, resvalar na sacramentada titularidade da ação penal, legada pelo constituinte, indubitavelmente, ao Ministério Público.

2. BREVE CONCEITUAÇÃO

A colaboração premiada, também conhecida como delação benéfica, é uma ferramenta investigativa, legalmente institucionalizada, caracterizada pela integral ou parcial revelação do estratagema de um fato delituoso pretérito e/ou contemporâneo, feita por um ou mais agentes (autores ou partícipes) que, confessando sua atuação, delata o comportamento criminoso dos coagentes de forma materialmente comprovada, no afã de ser responsabilizado penalmente com menor aspereza.

[168] NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal: parte geral: parte especial. 3ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 716.

O instituto se consubstancia, então, no binômio verbal *colaborar – premiar*, donde a voluntária e eficaz colaboração do agente para o satisfatório e fecundo deslinde persecutório, celebrada na presença do delegado ou do representante do Ministério Público, no bojo de investigação criminal ou ação penal e homologada pela autoridade judicial, fará emergir, ao fim do devido processo legal, uma benesse materializada na diminuição, substituição ou extinção da pena.

A delação é, por assim dizer, uma fonte endógena de conhecimento acerca de um evento criminoso, no qual o olhar investigativo do Estado não penetra, mas observa a exposição visceral dos fatos, promovida por seus próprios protagonistas.

É forçoso reconhecer, como já consignado, que há aqueles para os quais o instituto entra em conflito com princípios constitucionais norteadores do devido processo legal ou, até mesmo, para os mais incautos, ofende os pilares da moralidade estatal. Entretanto, a história mostra que a colaboração premiada ganhou relevo em diversos países, em distintos ordenamentos e díspares contextos político-criminais por sua valiosa capacidade de elucidação de crimes perpetrados por organizações criminosas, permitindo ao Estado-juiz estender seu braço punitivo até aqueles que, outrora, se abrigavam à sombra da impunidade.É preciso recordar que não existe uma relação de subordinação do direito à moral, mas sim de complementação entre eles, como explica a doutrina:[169]

> A hipertrofia constitucional não pode representar a tirania de valores, sob pena de a Constituição se converter em um instrumento totalitário. (...) Caso contrário, a ditadura constitucional seria mecanismo de opressão e de arbítrio, representando o sepultamento da legitimidade democrática a ser buscada na Constituição.

Com efeito, a colaboração premiada não é lança que fere os postulados magnos do Estado Democrático de Direito, ao contrário, é escudo que os protege.

Não se pode ignorar que os avanços tecnológicos e as informações circulam com cada vez mais agilidade, num padrão epistemológico que obriga o operador do direito a conviver com incertezas, imprevisões e desordem.[170] Na investigação criminal não é diferente, o que não permite que o Estado-Investigação simplesmente abra mão de um importante meio extraordinário de obtenção de prova como é a colaboração premiada.

3 COLABORAÇÃO PREMIADA NO DIREITO COMPARADO

Os primeiros registros da delação como fonte cognitiva em julgamentos foram verificados durante a Idade Média, mormente no período da santa Inquisição (século XVlll), onde confissões e delações eram extraídas mediante atrozes, porém, legalizadas formas de tortura. Assenta-se, sem delongas, que este registro presta-se apenas à demarcação histórica, não tratando, em absoluto, de fixar qualquer genealogia jurídica do instituto como hodiernamente concebido.

[169] CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 139.
[170] CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 59.

Contemporaneamente, a delação surge na Europa a partir da década de 1970, em especial na Itália, onde a máfia desafiava governos, poderes e a própria sociedade. Merece grifo, aqui, a conhecida *OperazioneManiPulite* ou Mãos Limpas, que no início da década 90 desestabilizou severamente os grupos mafiosos da época e levou centenas de criminosos à prisão – o que não teria ocorrido sem a colaboração de alguns dos próprios réus que ficaram conhecidos como *pentiti*. Desde então, o instituto passou a ser contemplado e paulatinamente aprimorado na legislação italiana, prevendo uma penalização amenizada para os coautores de crimes como extorsão mediante sequestro, subversão da ordem democrática e sequestro com finalidade terrorista, desde que atendidas às exigências legais.

Atualmente, a legislação italiana prevê, em suma, que durante a apuração de crime praticado por uma organização criminosa, em que um dos corréus colabora para diminuir as consequências desse crime, confessando-o, impedindo o cometimento de delitos conexos e apontando elementos de prova, terá a pena diminuída em um terço ou a substituição da prisão perpétua pela reclusão de 15 a 21 anos. Não há, entretanto, a previsão de perdão judicial ou qualquer outra modalidade de extinção da punibilidade como forma de prêmio.[171]

No direito alemão há previsão legal para a diminuição ou, até mesmo, a extinção da pena para o agente que voluntariamente noticie fatos relativos a delitos pretéritos ou preste informações idôneas a impedir a prática de crimes futuros praticados por uma organização criminosa. Na conhecida *regulação dos testemunhos*, o poder é discricionário ao juiz, e o prêmio pode ser concedido ainda que o resultado não tenha se materializado por circunstâncias alheias à vontade do colaborador.

Na sistemática jurídica-criminal norte-americana, a delação premiada existe como uma forma de apresentar resultados práticos à sociedade, atendendo aos imperativos de segurança pública e de justiça ao mesmo tempo. Neste molde, conhecido como *pleabargaining*, o representante do Ministério Público preside a coleta de provas na fase investigativa e faz a acusação perante o judiciário. Todavia, ao contrário do direito penal germânico e do italiano, nos Estados Unidos, quando surge a possibilidade de delação do acusado, o *Parquet* tem total autonomia para negociar e decidir pelo prosseguimento ou não da acusação, sendo despicienda, regra geral, a manifestação judiciária. Tal sistema se funda, em verdade, numa perspectiva eminentemente privada do Direito Penal, em que há regência do princípio da oportunidade da ação e disponibilidade do conteúdo do processo.

Na Colômbia, a colaboração premiada também ganhou espaço na legislação penal como medida processual voltada para o combate ao tráfico de drogas e as forças paramilitares de extrema esquerda. Lá, o procedimento ficou conhecido como *direito processual de emergência*, prevendo aos acusados que, de forma espontânea, delatarem os coagentes e fornecerem elementos de convicção eficazes, a concessão de benefícios como a liberdade provisória, a diminuição da pena ou a substituição de pena privativa de

[171] GUIDI, José Alexandre Marson. Delação Premiada no Combate ao Crime Organizado. São Paulo: Lemos de Oliveira, 2006, p. 102.

liberdade. Além disso, pode haver, também, a inclusão do colaborador no programa especial de proteção às vítimas e testemunhas.

4. PREVISÃO DO INSTITUTO NA LEGISLAÇÃO PÁTRIA

No Brasil, os primeiros registros daquilo que hoje se convencionou chamar de colaboração premiada podem ser verificados nas Ordenações Filipinas (1603-1867), que previa prêmios àqueles que levassem às autoridades o conhecimento sobre fatos relativos ao crime de falsificação de moeda. Nesse contexto, ganhou destaque um movimento histórico-político clássico do Brasil monárquico, denominado Inconfidência Mineira. O episódio envolveu concessão de prêmio estatal ao Coronel Joaquim Silvério dos Reis, que obteve o perdão de suas dívidas com a Coroa Portuguesa por ter delatado seus colegas, que foram presos e acusados do crime de lesa-majestade (traição cometida contra a figura do monarca). Dentre os denunciados estava Joaquim José da Silva Xavier, o Tiradentes, que foi tido como chefe do movimento e, consequentemente, condenado à morte por enforcamento.

A despeito destes marcos históricos, a colaboração premiada, modernamente engendrada, passou a integrar o ordenamento jurídico com o advento da Lei 8.072/90 (Lei de Crimes Hediondos) que em seu art. 7º, incluiu o §4º ao artigo 159 do Código Penal,possibilitando a colaboração premiada para o crime de extorsão mediante sequestro, e em seu art. 8º, parágrafo único admitiu o instituto para a associação criminosa qualificada pela prática de crimes hediondos ou equiparados. A partir daí, houve, um movimento legislativo proeminente no sentido de estender a aplicação do instituto à apuração de diversos outros delitos.

Seguiram-se a previsão legal da delação na apuração dos crimes contra o sistema financeiro (art. 25, § 2° da Lei 7.492/90, com redação dada pela Lei 9.080/95); crimes contra a ordem tributária (art. 16, parágrafo único, da Lei 8.137/90, também alterada pela Lei 9.080/95); crimes de drogas (art. 41 da Lei 11.343/06); crimes de lavagem de capitais (art. 1°, §5º da Lei 9.613/98, acrescida pela Lei 12.683/12); além da possibilidade de efetivação da colaboração premiada em decorrência de acordo de leniência no qual o ato caracterizador de infração administrativa se subsumir, simultaneamente, a um tipo penal (arts 86 e 87 da Lei 12.529/11). Em todas as hipóteses, a aplicação do instituto cinge-se aos crimes específicos disciplinados em cada Lei.

Noutro giro, a Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas (arts. 13 e 14 da Lei 9.807/99) contém previsão de colaboração premiada que não se restringe a delitos predeterminados, podendo ser aplicada a toda sorte de infrações penais não contempladas por norma especial.

A Lei 12.850/13, a seu turno, além de definir o conceito de organização criminosa e tipificar condutas correlatas (outra questão há tempos demandada), em seu art. 4º deu maior amplitude à colaboração premiada, estabeleceu-lhe uma ordenada regência procedimental e definiu, inconteste, a competência e a atribuição das autoridades públicas agentes na persecução penal, legando também ao delegado de polícia a possibilidade de ofertar a proposta de colaboração. Vale destacar que essa hipótese de

colaboração premiada se aplica também aos crimes de terrorismo, conforme dispõe o art. 16 da Lei 13.260/16.

Enquanto a Lei 9.807/99 é uma lei geral de colaboração premiada por se aplicar a todos os crimes não disciplinados por norma específica, a Lei 12.850/13 é uma lei geral de colaboração premiada em razão de incidir seu regramento procedimental, por analogia, a todos os acordos, independentemente da espécie de infração penal.

5. LEGITIMIDADE DO DELEGADO DE POLÍCIA

De início, é salutar que fixemos a disposição topográfica funcional da figura do delegado de polícia judiciária na ordem jurídica convencional cosmopolita e, a seguir, o façamos no ordenamento constitucional-legal pátrio.

Assim, preceitua o item 5 do artigo 7º da Convenção Interamericana dos Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica):

> Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou *outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais* e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo". (Destaquei).

Nota-se, sem dificuldade, que o direito supraconstitucional institui a figura daquela autoridade servidora pública, legalmente autorizada que, mesmo despida da investidura jurisdicional, atua em funções eminentemente judiciais, ainda que de forma anômala e pontual. No ordenamento pátrio, não é outra a autoridade aqui referida senão o delegado de polícia judiciária, quando, calcado nos ditames da ordem pactual e constitucional, decreta ou não, a prisão em flagrante da pessoa conduzida à sua presença. Ou, ainda, quando arbitra a medida cautelar de prestação de fiança, pondo-a em liberdade e assegurando seu comparecimento nos atos persecutórios subsequentes.

Cauto, também, foi o legislador constituinte quando talhou no §4º do artigo 144 da Magna Carta as atribuições e a direção das polícias civis:

> **§ 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.**

Aqui vale o registro hermenêutico de que não há despropósito nas palavras constitucionais, não há letra morta no Texto Maior. Se o constituinte não se limitou a atribuir às polícias civis apenas a investigação criminal, optando pela dicotômica

incumbência *funções de polícia judiciária* e *apuração das infrações penais*, inequivocamente há distinção entre um e outro encargo.

Infere-se que o conceito de *apuração das infrações penais* não demanda extraordinário exercício do exegeta. Trata, por óbvio, daquelas atividades próprias de investigação e perquirição que buscam o descortinamento de fatos e circunstâncias pretéritos com o fito de colacionar elementos de convicção acerca da materialidade e autoria de um evento que, subsumido à lei, reputa-se delituoso. É a perícia feita no local do crime (corpo delito); o exame médico-legal; a oitiva das testemunhas; a coleta de dados audiovisuais; a análise de registros documentais; a interceptação telefônica; o interrogatório do investigado; enfim, todas aquelas providências preconizadas de forma exemplificativa pelo art. 6º do CPP e por outras leis esparsas.

Distingue-se com clarividência, portanto, daquelas atividades próprias de polícia judiciária, afetas precipuamente à figura do delegado. Como exemplo, têm-se os casos (de diuturna constância) em que uma pessoa detida, em suposta situação de flagrante delito, é levada à presença da autoridade policial, conforme art. 304 e seu §1º:

> Art. 304. Apresentado o preso à autoridade competente, ouvirá esta o condutor e colherá, desde logo, sua assinatura, entregando a este cópia do termo e recibo de entrega do preso. Em seguida, procederá à oitiva das testemunhas que o acompanharem e ao interrogatório do acusado sobre a imputação que lhe é feita, colhendo, após cada oitiva suas respectivas assinaturas, lavrando, a autoridade, afinal, o auto.
> § 1º Resultando das respostas fundada a suspeita contra o conduzido, a autoridade mandará recolhê-lo à prisão, exceto no caso de livrar-se solto ou de prestar fiança, e prosseguirá nos atos do inquérito ou processo, se para isso for competente; se não o for, enviará os autos à autoridade que o seja.

Neste ponto, o mister da autoridade policial(mais do que mera atividade investigativa) muito se aproxima da atuação de uma autoridade judicial, ainda que considerada a precariedade e a reversibilidade de seus atos. Ora, tal como o juiz se manifesta ante um pleito de tutela antecipada ou de concessão de medida cautelar, valendo-se de uma análise de verossimilhança, traduzida no brocardo latino *fumus bonni iuris*, o delegado assim também o faz quando é instado a aplicar o direito de forma emergencial frente a um evento flagrancial que autorize a prisão sob a perspectiva do *fumus comissi delicti*.

Não se olvida que, diante de tão gravosa medida, geradora de consequências tão severas quanto o é a privação da liberdade momentânea, supostamente procedida sob o manto autorizador do estado de flagrante delito, a atuação do Estado deve estar firmada

na autoridade daquele que detém o amplo conhecimento do direito, em toda sua magnitude, muito além da simples capacidade de subsunção típica; apto, portanto, a operacionalizar sem permeio a lei penal e processual aplicável à espécie. Neste sentido, bem definiu o Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello, em voto proferido em sede de *habeas corpus*, para quem "o delegado de polícia é o primeiro garantidor da legalidade e da justiça".[172]

Assim, guardadas as distinções, é digno questionar: que outra autoridade, em regra, pode/deve decretar a prisão de alguém, senão o delegado, no instante da lavratura do auto de prisão em flagrante, e o juiz a qualquer tempo (prisões cautelares e decorrentes de condenação)? Antes disso, à presença de quem uma pessoa detida deve ser conduzida, senão à do delegado ou juiz? Que outra autoridade pode/deve arbitrar fiança como medida cautelar, senão ambos?

Extrai-se, assim, a distinção entre a tarefa de investigar, feita pelo corpo policial, e as funções de polícia judiciária, estas, exercidas pela autoridade policial. E é justamente dentro deste plexo de atribuições que se insere a capacidade de representação postulatória do delegado acerca de cautelares pessoais e cautelares probatórias diretamente em juízo, sem para tanto, ter necessariamente de se reportar ao representante do Ministério Público que, sem dúvida alguma é o exclusivo titular da ação, mas não o é da investigação.

E neste ponto se torna explícito o cerne da problemática ora articulada: malgrado a convicção jurídica de alguns notáveis doutrinadores (maculada ou não por estultícias institucionais), o delegado de polícia judiciária pode e deve conduzir, quando cabível, a proposta de colaboração feita ao investigado e levada a efeito em juízo com a tempestiva manifestação do Ministério Público, sem, no entanto, incorrer em ilegalidades, usurpações ou inconstitucionalidades. Afinal, tal como a interceptação telefônica ou a busca domiciliar, a colaboração premiada não é prova, mas apenas instrumento de produção probatória. Ou seja, os elementos cognitivos colhidos pela autoridade policial a partir das delações feitas pelo colaborador serão elevados ao altiplano de prova, propriamente dita, quando efetivamente posta ante o contraditório e a ampla defesa no seio do devido processo legal. Assim, mesmo ao manejar o acordo de colaboração, o delegado de polícia nada faz, além de subsidiar o autor da ação penal, a defesa e o julgador com informações e dados relativos aos fatos.

[172]STF, HC 84548. Rel. Min. Marco Aurélio. DJ 21/6/2012.

Bem assim, o códex adjetivo, em seu art. 13, I, determina que à autoridade policial incumbe "fornecer às autoridades judiciárias as informações necessárias à instrução e julgamento dos processos".

Neste ponto o arguto magistério: "A polícia, enquanto judiciária, e o inquérito que ela faz, exsurgem administrativos por sua atuação e forma, mas judiciários nos seus fins". [173]

6 ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA CELEBRADO PELA AUTORIDADE POLICIAL

A Lei 12.850/13 abriga uma seção exclusiva para disciplinar a operacionalização da colaboração premiada, definindo seus operadores, estipulando requisitos e positivando os potenciais benefícios (prêmios).

Nota-se que, já no caput do artigo 4º, está estampada de forma taxativa a competência para a concessão do benefício, que repousa, única e exclusivamente, sobre a autoridade judiciária:

> Art. 4º *O juiz poderá*, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a *investigação e com o processo criminal*, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados: (Destaquei)

Embora o texto faça referência expressa à figura do juiz, o termo deve ser tomado em sentido amplo, sob a perspectiva de Estado-juiz; porquanto obviamente a incumbência é dada a juízes, desembargadores ou ministros de tribunais, considerando a competência originária para conhecimento e julgamento da ação penal, vindoura ou já em curso.

Oportuno, ainda, salientar que, a despeito da literalidade do artigo que traz a conjunção coordenativa "e" entre os termos "investigação" e "processo criminal", dando ideia de adição indissociável entre ambos, a *mens legis* exprime, como se extrai dos dispositivos subsequentes, que a colaboração pode ser firmada durante a fase de investigação ou ao longo da instrução processual. Assim, o agente poderá se valer dos benefícios da lei ainda que tenha manifestada adesão à proposta somente na fase acusatória, quando já findo o inquérito policial.

[173] PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. **Arquivamento do Inquérito Policial – Sua Força e Efeito. Inquérito Policial: Novas Tendências**. Belém: CEJUP, 1986, p.89.

Digno salientar que, frente ao acordo já celebrado, a atuação jurisdicional ocorre em dois tomos, distintos pela cronologia dos eventos e pela natureza jurídica dos atos. Primeiramente, quando o magistrado homologa o acordo proposto pelo delegado ou membro do Ministério Público, na fase de inquérito ou durante a instrução processual e, neste caso, estamos a tratar do deferimento de uma cautelar probatória, com validade probante sujeita ao contraditório diferido. Posteriormente, quando atendidas às expectativas celebradas no acordo, concede o prêmio ao final da ação, lavrado em sentença penal condenatória e efetivado, doravante, na fase de execução, traduzido em causa especial de diminuição ou substituição da pena, ou ainda, em causa extintiva da punibilidade, quando houver a concessão do perdão judicial.

Todavia, em respeito ao sistema acusatório sacramentado no ordenamento jurídico-constitucional e ao princípio da inércia da jurisdição, ao juiz não é dado, em absoluto, propor o acordo de colaboração, sequer presencia-lo ou tomar parte nas negociações. Ao largo de a regra caracterizar uma nefasta imposição limitativa ao magistrado, trata-se, em verdade, de uma garantia de imparcialidade da atuação jurisdicional, mantendo o julgador equidistante dos polos, sem, no entanto, sonegar a sua função fiscalizadora.

Se, portanto, dúvidas não existem quanto à competência para homologação e premiação da colaboração, também não há (ou não deveria haver) quanto à legitimidade da atribuição afeta àqueles que, de acordo com a lei, podem celebrar a proposta.

A despeito de todo malabarismo hermenêutico feito por aqueles que defendem a exclusão da figura da autoridade policial do rol de legitimados à propositura do acordo, fato é que o legislador pautou-se pela coerência constitucional quando, expressa e indubitavelmente, legou a delegados e promotores a possibilidade de manejo dessa valiosa espécie probante. Senão, vejamos novamente com que tamanha clarividência a lei tratou do tema, a partir do dispositivo que inicia a regulamentação do instituto:

> Art. 4º O juiz poderá, *a requerimento das partes*, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados: (Destaquei).

O desatento intérprete poderia imaginar que quando a lei se vale do termo "partes" se refere aos distintos polos da ação penal, quais sejam: acusação e defesa;

excluindo, portanto, a possibilidade de o delegado de polícia manusear a espécie probatória. De fato, em uma relação processual a noção de "partes" não admite inferências ou subjetividades, de forma que, inequivocamente, a autoridade policial não é parte em processo penal. No entanto, é preciso salientar que, além do Ministério Público, o réu e seu defensor também integram a relação processual e, a julgar pela literalidade do dispositivo, estariam legitimados a pleitear os benefícios. Todavia, não parece aprazível valer-se de impropriedades terminológicas (que eivam um considerável quinhão de toda produção legislativa do país) para, então, extrair a exegese desejada, ainda que evidentemente teratológica. Ensina a doutrina:

> Em regra, a capacidade postulatória de provocar o juízo só deve ser conferida às partes do processo. Contudo, nada impede que o legislador, do alto da sua soberania, confira uma legitimação extraordinária a uma autoridade que não seja parte no processo. Trata-se, nesse caso, de uma "capacidade postulatória imprópria", uma verdadeira legitimatiopropterofficium, ou seja, uma legitimidade em razão do ofício exercido pelo delegado de polícia, que tem a função de atuar como "os olhos" do Juiz nesta fase pré-processual, um autêntico longa manus do Poder Judiciário na preparação para eventual persecução penal em juízo. É exatamente isso que ocorre no caso da colaboração premiada![174]

A despeito da sofrível técnica textual, é bastante nítido que, neste ponto, o legislador se referiu à possibilidade de promotor e defesa exigirem perante o juiz, em momento oportuno e tempestivo, o cumprimento do acordo preteritamente celebrado, homologado e com os resultados estipulados já exauridos. Em momento algum quis, o legislador, tratar da fase de proposta da colaboração no mencionado artigo.

Ademais, se percorrêssemos a mesma via interpretativa da cega literalidade, chegaríamos à conclusão de que em algumas das modalidades de colaboração premiada havidas no ordenamento em vigor, o representante do Ministério Público estaria excluído da fase de propositura do acordo, posto que na redação literal destes dispositivos, não hámenção ao *Parquet.* Cite-se por exemplo a Lei 7.492/86 (crimes contra a ordem financeira):

> Art. 25 § 2º Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou coautoria, o coautor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à *autoridade policial ou ju*dicial toda a trama delituosa terá a sua pena

[174] CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de; SANNINI NETO, Francisco. Delegado de polícia tem legitimidade para celebrar colaboração premiada. Revista Consultor Jurídico, fev. 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-mar-04/delegado-legitimidade-celebrar-colaboracao-premiada>. Acesso em: 04 mar. 2016.

> reduzida de um a dois terços. (Incluído pela Lei nº 9.080, de 19.7.1995). (Destaquei)

Nota-se que, sob o prisma da obviedade literal, a revelação da trama delituosa só pode ser feita à autoridade policial ou judicial. Entretanto, o cordato operador do direito, liberto de qualquer vaidade ou vício, não se atém à fria letra da lei, mas à sua *mens legis*. Porquanto, não há alaridos ou bravatas reivindicando o monopólio de delegados sobre o instituto. É demais óbvio que, na apuração de crimes contra o sistema financeiro, a delação pode ser feita diretamente ao membro ministerial, sem que haja ilegalidades ou nulidades. É justo e necessário que seja assim; falha a letra, mas não a lei.

De volta à Lei 12.850/13, tem-se sepultada a intenção daqueles que buscam macular a atuação da autoridade policial frente à possibilidade de colaboração premiada na fase de inquérito, quando se observa o disposto no § 6º do mesmo artigo 4º, *verbis*:

> O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor.

Não há como sonegar, aqui, que foi propósito do legislador dispor ao delegado de polícia a oportunidade de valer-se das informações prestadas por um dos próprios coagentes, para a elucidação dos crimes perpetrados por organizações criminosas. Incabível refutar a ideia de que a autoridade policial, na condução pragmática da devida investigação, por vezes, tem na delação, única e inadiável chance de alcançar o resultado máxime elencado em lei e produzir o mais satisfatório conjunto de elementos cognitivos sobre a materialidade e autoria do delito, sem que, no entanto, haja qualquer agressão ao estado democrático de direito e seu progênito Princípio do Devido Processo Legal, vez que em quaisquer casos, a lei fixa garantias irrefutáveis ao investigado, em especial, condicionando a validade do acordo à presença atuante do advogado do colaborador. Ademais, consigna-se que a colaboração manejada e representada pelo delegado de polícia carecerá, sempre, da oportuna manifestação do Ministério Público (que é imprescindível, porém, não vinculante).

Esclarecedora é a lição doutrinária:

> Ora, se nenhuma providência probatória pudesse ser tomada sem a consulta do titular da ação penal, então nem o inquérito policial poderia ser instaurado pelo delegado de polícia, que também não poderia requisitar perícia, ouvir testemunhas, apreender objetos, etc. Se prevalecesse esse entendimento, a própria existência do inquérito policial perderia sentido.(...)
> Atento ao fato de que o delegado de polícia é o titular do inquérito policial, o legislador lhe conferiu as ferramentas necessárias para o exercício desse mister. Desse modo, sempre que a autoridade de polícia judiciária vislumbrar a necessidade da adoção de uma medida cautelar, que, em regra, só pode ser concedida pelo juiz, ele deve se valer de uma representação para provocá-lo. (...)
> Aliás, tendo em vista o caráter imparcial do inquérito policial, o desenvolvimento de suas atividades ficou sob a incumbência de uma instituição sem qualquer vínculo com o processo posterior, o que garante a

> independência e a legitimidade das investigações. Afinal, como poderia o Ministério Público, como parte da relação processual, conduzir a investigação com a devida isenção se ele já tem em mente uma futura batalha a ser travada durante o processo?(...)
> O delegado de polícia, como presidente do inquérito policial, é a autoridade mais indicada para saber quais as necessidades da investigação em desenvolvimento, sendo que a utilização de medidas cautelares constitui um dos possíveis caminhos a serem trilhados na busca pela verdade.[175]
> Ora, se o favor legal pode mesmo ser concedido *exofficio*, não vemos razão, com a devida vênia, para impedi-lo apenas porque sugerido mediante representação da autoridade policial".[176]

Além disso, a realidade evidencia que, não raras vezes, os acordos celebrados pelo delegado, no transcorrer de um inquérito policial (forma mais comum e acessível de investigação criminal), ou seja, na alvorada silenciosa da persecução, alcançam resultados muito mais profícuos do que aqueles assinados no crepúsculo ruidoso da ação penal, quando já houve tempo suficiente para tornar nebulosa a colheita de determinadas provas ou para melhor dissimulação de capitais e valores de origem ilícita. Prova disso são os inúmeros acordos de colaboração firmados perante delegados de polícia no curso das principais operações policiais, alguns deles, indubitavelmente cruciais para o sucesso das investigações.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não obstante todas essas obviedades há quem se contraponha a toda e qualquer argumentação jurídica sobre a legitimidade do acordo de colaboração conduzido pela autoridade policial.[177] Em regra, os argumentos retóricos se reportam à defesa da exclusiva titularidade do Ministério Público na formação de sua convicção jurídica sobre o suposto evento delitivo e o consequente domínio da ação penal.

De início é preciso deixar assente que a argumentação usada na desqualificação do delegado para exercer tal prerrogativa, via de regra, não guarda pertinência com o cerne da questão. Ou seja, não se discute, em absoluto, a titularidade do direito/dever de ação do Ministério Público. Somente o representante do órgão ministerial é quem detém o *dominus litis* nas ações de iniciativa pública (consigna-se que dificilmente haverá uma organização criminosa praticante de crimes cuja deflagração da persecução dependa de manifestação do ofendido). Assim, o delegado de polícia, quando lança mão ao acordo de colaboração premiada não está invadindo, por óbvio, essa exclusiva atribuição. Ao contrário, a delação feita na presença da autoridade policial lhe permite atuar de forma

[175] CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de; SANNINI NETO, Francisco. Delegado de polícia tem legitimidade para celebrar colaboração premiada. Revista Consultor Jurídico, fev. 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-mar-04/delegado-legitimidade-celebrar-colaboracao-premiada>. Acesso em: 04 mar. 2016.
[176] CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. Crime Organizado. Salvador: Juspodivm, 2014, p.54.
[177] Por todos: DE GRANDIS, Rodrigo. A inconstitucional participação de delegados de polícia nos acordos de colaboração premiada. Disponível em: <http://jota.uol.com.br/rodrigo-de-grandis-a-inconstitucional-participacao-de-delegados-de-policia-nos-acordos-de-delacao-premiada>. Acesso em 01 mar 2016.

muito mais proveitosa ao longo da investigação, de forma a melhor subsidiar o desempenho do patrono da ação na formulação de sua *opinio delicti*. Ou seja, a colaboração, tal como prevista em lei, se presta tanto à produção cautelar do substrato cognitivo que permite a propositura de ação criminal, quanto à produção do manancial probatório instrutivo do processo.

Aliás, essa é uma característica comum entre tantos outros institutos processuais de reprodução da verdade real no transcorrer da *persecutio*; outrossim, a interceptação telefônica serve tanto à investigação, quanto ao processo; a oitiva de testemunhas é feita tanto pelo delegado durante o inquérito, quanto pelo juiz na instrução; o mandado de busca e apreensão; a quebra dos sigilos fiscal e bancário; o interrogatório do investigado/réu; enfim, pela natureza dos procedimentos e pela singularidade de seus fins, é razoável que tais ferramentas estejam dispostas tanto à investigação criminal, quanto à ação penal. E, como antes mencionado, sabendo que o Ministério Público é o titular da ação, mas não exerce a mesma exclusividade sobre a investigação criminal, é sensato concluir que em todas essas hipóteses, estará o delegado de polícia legitimado a representar diretamente ao poder judiciário pela concessão de tais medidas, sem incorrer em ilegitimidade ou usurpação.

Vislumbra-se, ademais, a sensatez jurídica desse posicionamento quando se tem em mente que, em todas as ocasiões de prestação jurídica cautelar, acima elencadas, o Ministério Público lançará vista ao requerimento feito pelo delegado e, em alguns casos, será intimado da respectiva decisão judicial. Nota-se, mais uma vez, a ressonância havida entre a colaboração premiada e outras modalidades investigativas previstas na legislação processual e postas ao labor inquisitorial ou acusatório.

Corroborando essa carga argumentativa, é preciso trazer à luz do entendimento o fato de que o objeto de "permuta" na colaboração premiada não diz respeito à propositura da ação penal – que continua intangível e indelével sob o domínio do Ministério Público – mas sobre o próprio *ius punitionis* do Estado. Ao contrário do direito penal norte americano, que prevê a antecipação do prêmio ao colaborador, permitindo ao órgão acusador barganhar acerca da própria propositura da ação, na maioria dos sistemas jurídicos trazidos a estudo, o prêmio ao colaborador é definitivamente concedido ao fim do processo, pois a benesse atinge a pena propriamente dita. No Brasil, a previsão legal da colaboração premiada é levada a efeito exatamente dessa forma, ou seja, os prêmios estipulados são diminuição, substituição ou extinção da pena. Assim, para que haja o cumprimento bilateral do acordo, é preciso que se percorra todo o devido processo legal, culminado em condenação para que, ao final, exsurja uma pena a ser abrandada ou extinta. Seja como for, em hipótese alguma haverá a possibilidade de mitigar a obrigatoriedade e indispensabilidade da ação penal, que continua em mãos ministeriais, independentemente da atuação do delegado no acordo de delação.

Percebe-se, sob toda evidência, que a celebração da colaboração feita pelo delegado em nada fustiga a exclusividade das atribuições do Ministério Público, nem mesmo o vincula aos termos do acordo, pois a manifestação tempestiva do promotor pode ser contrária à homologação judicial. Mais ainda, se o acordo recebe o manto homologatório, ao arrepio do parecer ministerial, põe-se à disposição do parquet uma

série de ações impugnativas, como os remédios constitucionais ou, em extremo, a Correição Parcial. Ademais, parece risível considerar a possibilidade de o colaborador e seu defensor insistirem no acordo que, de plano, foi refutado pelo olhar *custos legis* do Ministério Público.

Assim, não se espera que, nos moldes republicanos, a mera insatisfação ou a irresignação classista com o produto legislativo dê azo a insurgências que banalizam o uso das ferramentas de controle de constitucionalidade. Note-se que o legislador não incluiu a figura do delegado de polícia na possibilidade de efetivação do acordo de colaboração premiada por conta de um desapego aos fundamentos constitucionais ou pela desídia técnica em seu labor legiferante, senão por entender que, de fato, o manejo desta modalidade investigativa está, também, incluso nas funções de polícia judiciária.

Indo além, quis o congressista que a atuação do delegado, mesmo adstrita à fase de inquérito, repercutisse, mediante tempestiva representação, na sentença proferida ao final da ação penal, vejamos:

> Art. 4º. (...) §2º Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o *art. 28 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal).* (Destaquei).

Considerou o congressista, que o delegado de polícia, na condução da devida investigação criminal, toma contato com elementos de informação únicos que ao serem futuramente reproduzidos em ação penal e materializados em um conteúdo probante, perderão, inevitavelmente, uma fração de sua carga realista. Ou seja, o calor dos fatos, a lavratura do auto de prisão em flagrante (que ainda queima), a observação *in loco* dos eventos, a análise dos áudios de interceptação telefônica permitem a formulação empírica da convicção sobre todo o evento delitivo. Destarte, quer a lei que a autoridade policial possa manifestar-se até mesmo em matéria que não lhe é afeta, ou seja, no próprio direito de punir do Estado, sem que, repita-se, haja máculas à titularidade do Ministério Público na propositura da ação.

Outra vez, não se trata de robustecer desmedidamente a figura do delegado de polícia na persecução penal, numa flagrante e inconstitucional invasão de prerrogativas (como querem alguns), mas sim de considerar na sentença uma representação feita por quem, de perto, "viu" crime e criminosos; especificamente, por aquele que, muitas vezes com maior propriedade, pode manifestar-se acerca do grau de efetividade da contribuição acordada.

Ilustrando, tomemos como exemplo hipotético o cenário de um crime de extorsão mediante sequestro, donde o delegado de polícia, em diligências de campo, detém um dos integrantes da organização criminosa que, inconteste, indica a localização da vítima, permitindo-lhe sua salvaguarda e a consequente prisão em flagrante dos demais coautores e partícipes. Oportunamente, quem terá melhores condições de aferir o grau de efetividade da colaboração do agente, senão aquela autoridade que mais de perto participou das diligências e da reprodução dos fatos? A essa questão, respondeu o legislador ao mencionar expressamente a possibilidade de o próprio delegado representar pela concessão do perdão judicial.

Por concluso, a atuação persecutória e jurisdicional do Estado é protagonizada por instituições de igual relevância, cada qual incumbida em seus misteres, como numa engrenagem composta por diversos mecanismos, donde a eficiência de um depende da proeminência de outro. Destarte, pois, articula-se e operacionaliza-se a colaboração premiada que firmada está na tríade presença dos que investigam e propõemo acordo (delegados e promotores); dos que se defendem e colaboram (acusados e seus defensores advogados) e daqueles que julgam e, efetivamente, concedem os benefícios (magistrados).

REFERÊNCIAS

BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2012.

BADARÓ, Gustavo. O valor probatório da delação premiada.*Consulex*, v. 19, n. 433, p. 26-29, fev. 2015.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2014

CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de; SANNINI NETO, Francisco. Delegado de polícia tem legitimidade para celebrar colaboração premiada. Revista Consultor Jurídico, fev. 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-mar-04/delegado-legitimidade-celebrar-colaboracao-premiada>. Acesso em: 04 mar. 2016.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime Organizado*. Salvador: Juspodivm, 2014.

DE GRANDIS, Rodrigo. A inconstitucional participação de delegados de polícia nos acordos de colaboração premiada. Disponível em: <http://jota.uol.com.br/rodrigo-de-grandis-a-inconstitucional-participacao-de-delegados-de-policia-nos-acordos-de-delacao-premiada>. Acesso em 01 mar 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GUIDI, José Alexandre Marson. *Delação Premiada no Combate ao Crime Organizado*. São Paulo: Lemos de Oliveira, 2006.

JESUS, Damásio E. de. Estágio atual da "delação premiada" no Direito Penal brasileiro. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 854, 4 nov. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7551>. Acesso em: 12abr. 2016.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime Organizado: Aspectos Gerais e Mecanismos Legais.*4 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MOSSIN, Heráclito Antônio; MOSSIN, Júlio César. *Delação Premiada: Aspectos Jurídicos.* São Paulo: J.H. Mizuno, 2015.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Curso Temático de Direito Processual Penal*. Salvador: Editora Juspodivm, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal: parte geral: parte especial.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *Arquivamento do Inquérito Policial – Sua Força e Efeito. Inquérito Policial: Novas Tendências*. Belém: CEJUP, 1986.

CAPÍTULO XII

REFUGIADOS E DIREITOS HUMANOS: BUSCA PELA EFETIVAÇÃO DA INCLUSÃO SOCIAL E GARANTIA DA VIDA

Felipe Augusto Rodrigues AMBRÓSIO[178]
Renan Cauê Miranda PUGLIESI[179]

RESUMO: O presente trabalho estuda a problemática envolvendo os refugiados, em seus mais diversos aspectos, como origem, história, evolução conceitual e tratamento jurídico dado, assim como expõe as previsões internacionais e internas acerca do tema. Dentro da problemática levantada, busca-se entender a atuação situação dos refugiados, não só no Brasil, mas no mundo todo, principalmente no que tange ao seu acolhimento pelos Estados soberanos e como estão sendo tratados no que diz respeito aos seus direitos humanos e fundamentais. Objetiva-se, primeiramente, delimitar quem são os refugiados e quais são os direitos humanos que lhes concernem para, posteriormente, analisar como se dá a tutela jurídica em torno desse grupo de pessoas. Demonstra-se, também, como se dá a incidência do constitucionalismo e do internacionalismo e as suas dimensões frente aos direitos humanos dos refugiados, evidenciando-se como outras normas internacionais de direitos humanos e sua principiologia são essenciais no auxílio à proteção, interpretação, aplicação e efetivação dos direitos desse grupo de pessoas. Para isso, torna-se necessária a análise de diversos documentos internacionais acerca de direitos humanos e, de forma mais específica, de direitos dos refugiados, bem como da Lei 9.474/97, que regula a situação dos refugiados no Brasil. Para atingir tal finalidade, o trabalho está delimitado segundo os métodos estruturalista, tipológico e histórico, além das técnicas de pesquisa documental indireta, legislativa e bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: Refugiados. Direitos Humanos. Constitucionalismo. Internacionalismo. Direito Internacional.

INTRODUÇÃO

Na atual quadra, a humanidade atravessa um momento excepcionalmente difícil devido às consequências das guerras e das violações sistemáticas dos direitos humanos.

[178]Mestrando em Ciência Jurídica pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Membro do Grupo de Pesquisa *Globalização e os Reflexos Jurídicos*. Bolsista da CAPES e Advogado. <lipeambrosio@hotmail.com>
[179]Graduado em Direito pelo Centro de Ciência Sociais aplicadas da Universidade Estadual do Norte do Paraná –UENP; Conciliador da Justiça Federal, Subseção de Jacarezinho/PR; membro do Grupo de Pesquisa em Constituição, Educação, Relações de Trabalho e Organizações Sociais - GP CERTOS - registrado no CNPq.<renan.pugliesi@gmail.com>

Nesse marco se instauram os êxodos humanos, os deslocamentos forçados e o acolhimento dos refugiados.

O presente estudo enfocou os refugiados e as previsões acerca dos direitos humanos que lhes são direcionados, sendo amplo o objeto de pesquisa, por não se limitar somente à estrutura brasileira, mas abranger normatizações internacionais.

A justificativa e a relevância social de se abordar esta temática relaciona-se ao crescente número de refugiados nos dias atuais, algo que tende a crescer em razão do atual panorama vivenciado no cenário internacional, com a existência de muitos conflitos, regimes governamentais opressores, guerras civis etc., e, em meio a cenário, um incontável número de pessoas fogem dessas conjunturas de violência, já extremamente agressora aos diretos, para uma situação de desamparo, tendo deixado seus lares na busca de abrigo em outros países.

Não há como negar que a agressividade das potências e as intervenções da OTAN agravaram a situação nas últimas décadas. De forma marcante, soma-se a repressão policial e militar contra os refugiados e requerentes de refúgio na Europa, muitos deles vivendo em condições desumanas.

Ainda, a constante instabilidade no continente africano, asiático e no médio oriente, e as variadas maneiras de perseguição à população civil que vem se desenvolvendo nos países da América Latina têm contribuído para o aumento exponencial de refugiados pelo mundo e impedem que se alcance uma redução no número de indivíduos que necessitam da proteção do refúgio.

Casos recentes e emblemáticos que ainda têm gerado o aumento considerável de refugiados em âmbito internacional são os conflitos políticos e civis que vêm ocorrendo na Síria e na Ucrânia, com o deslocamento de número considerável de civis para territórios de países vizinhos que têm tido enormes dificuldades em administrar o acolhimento de famílias que são destituídas de suas casas e culturas para terem que dar início a uma fase diversa e conflituosa de suas vidas.

Desta forma, a problematização central levantada consiste no seguinte questionamento: como se dá a efetivação dos direitos humanos dos refugiados frente ao constitucionalismo brasileiro e ao internacionalismo e suas dimensões?

Nesta linha de raciocínio, o objetivo posto em foco foi apontar quem são os refugiados, quais são os diplomas nacionais e internacionais que protegem seus direitos humanos e como os sistemas se inter-relacionam, havendo integração entre os diplomas que preveem direitos humanos, aqueles específicos sobre direitos dos refugiados e as previsões nacionais, tanto constitucionais quanto infraconstitucionais, sendo essencial que tal se dê para que ocorra a plena eficácia dos direitos dos refugiados, amenizando a vulneração decorrente da fuga intentada.

Para que fosse possível entender o problema, tornou-se vital delimitar o que se entende por refugiado e refúgio, buscando-se tais definições em documentos internacionais do pós-guerra, que evidenciaram uma ampliação do conceito com o passar do tempo. Posteriormente, analisou-se tratados e documentos internacionais, não só específicos quanto aos direitos dos refugiados, como de direitos humanos em geral, a fim de evidenciar o substrato normativo e principiológico abrigado por estes, bem como

procedeu-se à análise da Lei 9.497/97, para, num terceiro momento, analisar como se dá a efetivação dos direitos humanos dos refugiados frente ao constitucionalismo e internacionalismo e suas dimensões.

Para solucionar o questionamento apresentado, foi utilizado, como método principal o método estruturalista e tipológico. Como método acessório, utilizou-se do método histórico, uma vez que foi preciso construir o conceito de refugiados através de diplomas internacionais que passaram a emergir no pós-guerra e foram ampliando, com o decorrer do tempo, o conceito inicialmente restrito e restringível de refugiado.

Como técnicas de pesquisa foram utilizadas a pesquisa indireta documental, pela análise de diplomas internacionais e nacionais, bem como a pesquisa bibliográfica, por meio de doutrinas, artigos científicos e demais publicações científicas.

1. CONSIDERAÇÕES SOBRE REFÚGIO, SUA ORIGEM E HISTÓRIA

É possível conceber como migrante toda pessoa que se transfere do seu lugar habitual, sua residência comum, para outro lugar, região ou país. As migrações atuais, voluntárias ou não, têm acontecido sob motivações das mais diversas, tais como guerras, perseguições, violações de direitos, violência, calamidades, catástrofes ambientais e tragédias.

Em virtude da globalização, outras ainda têm sido as causas que tem motivado as constantes migrações, como o desemprego, a busca por melhores oportunidades de vida, a desordem econômica dos países de origem e os desequilíbrios socioeconômicos como um todo (MENDES, 2014).

Ocorre que, quando se verifica que o processo migratório teve como causa qualquer perseguição em decorrência de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opinião política, levando o indivíduo a abandonar o seu país de origem, a sua casa e a sua família na busca de proteção, surge a figura do *refugiado*.

Os refugiados são pessoas que se diferenciam dos deslocados internacionais classificados como *migrantes tradicionais*. Em geral os migrantes tradicionais têm o seu deslocamento motivado por questões econômicas, partindo em busca de melhores condições de vida. Já os refugiados abandonam seus lares em virtude de fundado temor de perseguição em busca da preservação da própria vida, consistindo em verdadeira fuga. Ainda, para evitar o desgaste diplomático entre os países, o refúgio é classificado como um instituto apolítico e humanitário, havendo a preocupação com a satisfação das necessidades básicas dos refugiados que incluem a alimentação, moradia, educação e saúde, não se restringindo somente a estas (BAPTISTA, 2011, p. 177).

Considera-se refugiado no direito internacional, conforme dispõe a Convenção da Organização das Nações Unidas de 25 de julho de 1951, relativa ao Estatuto dos Refugiados, assinada também pelo Brasil,

> pessoa que temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país (ONU, 1951).

Os refugiados são pessoas comuns – homens, mulheres e crianças de todas as idades – que foram forçadas a abandonar seus lares devido a conflitos armados, violência generalizada, perseguições religiosas ou por motivo de nacionalidade, raça, grupo social e opinião pública, refugiando-se em outros países para reconstruir suas vidas com dignidade, justiça e paz, valores diretamente relacionados aos direitos humanos (MENDES, 2014).

Assim, são considerados migrantes internacionais forçados, que cruzam as fronteiras de seus países em busca de proteção contra os males que lhes são causados. Fogem de situações de violência, como conflitos internacionais, regionais ou internos, perseguições em decorrência de regimes políticos repressivos, além de outros casos envolvendo graves violações aos direitos humanos (MOREIRA, 2014, p. 85).

De fato, é quase impossível elencar todas as situações a ocasionarem a situação de refúgio. As relações internacionais, nos dias atuais, beiram à calamidade, diante dos incontáveis conflitos, de todas as ordens, que geram medo e inúmeras violações de direitos. Conflitos regionais e nacionais; lutas pela manutenção do imperialismo, ou contra ele; ameaças constante de conflitos armados a nível nuclear; constantes ataques terroristas; governos tiranos e revolucionários sanguinários; é uma relação infindável que assombra a vida de milhões de pessoas em todo mundo, a ponto de fazê-las deixar os países que amam, a família e todo o seu legado.

Pensando-se na origem histórica dos refugiados, a própria Bíblia é possível encontrar uma série de passagens que ilustram a questão:

> Repetidamente, o povo de Israel é convidado a tratar os estrangeiros com amor, compaixão e justiça (Êxodo 22:21) e a não tirar vantagem deles (Deuteronômio 24:14). Pelo contrário, deve-se cuidar dos estrangeiros (Levítico 19:9-10) como naturais da terra (19:34). Sobre os refugiados, anotem-se as passagens constantes de II Macabeus 10:15 e Isaías 16:3-4. No Novo Testamento, porém, o mandamento maior deixado por Jesus Cristo: "Amar o próximo como a si mesmo" (Mateus 22:39) [...] O drama dos refugiados se confunde com a própria História da Humanidade, mas, somente a partir do século XV, eles despontaram de forma sistemática (BARROS, 2001, p. 12).

Com a eclosão da 2ª Grande Guerra, a problemática dos refugiados ganhou proporções ainda maiores e mais dramáticas, em decorrência do deslocamento de milhões de pessoas por várias partes do mundo. As atrocidades cometidas não só impulsionaram um movimento migratório inigualável, como alertou o mundo para a necessidade de maior preocupação com os seres humanos e seus direitos mais elementares, ocasionando também, por consequência, maior atenção dirigida àquelas pessoas que perderam seus lares e, de certa forma, sua identidade, em decorrência dos conflitos.

Como consequência, foi criado, em 1950,o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados – ACNUR, no âmbito do Secretariado da ONU, instituição apolítica, humanitária e social que, conforme seu Estatuto, tem como função assegurar a proteção internacional dos refugiados e buscar soluções duradouras, constituindo-se atualmente como órgão subsidiário permanente da Assembleia Geral das Nações Unidas, possuindo sede em Genebra (RAMOS, 2010, p. 349-350).

Na sequência, em 1951, foi aprovada a *Carta Magna* dos refugiados, a Convenção de Genebra relativa ao Estatuto dos Refugiados. A importância desse tratado é imensa: é o primeiro tratado internacional que trata da condição genérica do refugiado, seus direitos e deveres.

O Brasil assumiu o compromisso internacional de proteção aos refugiados ao ratificar a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967 sobre o Estatuto dos Refugiados, além de ter adotado lei específica para tratar do tema dos refugiados, a Lei 9.474/97, que é considerada pela Organização das Nações Unidas - ONU como parâmetro para a adoção de legislação uniforme entre os países da América do Sul (MENDES, 2014).

Compreende-se que o instituto do refúgio procura reparar uma situação de violação de direitos humanos para garantir que o indivíduo - conforme consta na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) - goze de liberdade de palavra, crença e que esteja a salvo do temor da perseguição. O reconhecimento como refugiado almeja consertar uma circunstância específica de transgressão de direitos humanos, concretizada pela perseguição. Não se trata de afirmar que toda violação de direitos humanos equivale a perseguição, pois outros elementos devem ser também considerados para que se distinga a qualidade de refugiado, notadamente o caráter discriminatório da inflição do dano - o qual se baseia em conceitos de raça, religião, nacionalidade, opinião política ou grupo social - e o cruzamento de fronteiras internacionais.

Tais entendimentos possibilitam a concretização de um processo de determinação do *status* de refugiado, fugindo das restrições que tentam minar tal proteção devido a interesses que negligenciam o caráter forçado do movimento e os prejuízos que nele resultam e que dele são originados. Ou seja, resulta uma compreensão sobre o refúgio que está de acordo com o desenvolvimento histórico do regime internacional dos refugiados (REIS; MENEZES, 2014, p. 77).

Tratando sobre referido *status*, Julia Bertino Moreira (2014, p. 87-88) assim menciona:

> O estatuto de refugiado constitui uma condição jurídica, em tese, provisória. Os refugiados fugiram de seus países em função de eventos políticos (como guerras civis, regimes repressivos, entre outras situações de instabilidade política e violações de direitos humanos) e, uma vez findados, os cidadãos deveriam ser repatriados. Contudo, muitas vezes, esses fatores se arrastam por anos ou décadas, enquanto os refugiados buscam meios e estratégias para restabelecer suas vidas, (re)construindo relações sociais e laços afetivos, constituindo, por vezes, famílias nos países de destino. Esses fatores dificultam o regresso dos refugiados à sua terra natal e acarretam implicações em meio às comunidades e aos países acolhedores.

Essa provisoriedade deve ser entendida com ressalvas. O Estado que acolhe a pessoa como refugiado deve calcar sua compreensão da situação do indivíduo com certa sensibilidade e da forma mais inclusiva possível. Aqui, fala-se em verdadeira *inclusão social*, uma vez que essa pessoa talvez nem tenha condições de retornar ao seu país de origem quando a situação que ocasionou sua fuga tiver cessado. É fácil vislumbrar que, quanto mais tempo passar, mais difícil será não só abandonar o país que o acolheu, em virtude da vida já estabelecida, seu novo lar, como também será penosa a tentativa de

restabelecimento num lugar que, por vezes, deixou más lembranças e traumas, e com o qual não mais se identifica.

A repatriação não pode se dar como uma nova violência ao refugiado, forçando uma situação que sensibilizara, por mais uma vez, os direitos humanos do indivíduo. Assim, a leitura a ser realizada da provisoriedade deve se coadunar com os direitos humanos, no seguinte sentido: quando a situação que gerou o refúgio for resolvida, o referido *status* de refugiado se esvai, podendo haver a repatriação ou manutenção dessa pessoa no país que o recebeu. Neste último caso, estar-se-ia presenciando verdadeira inclusão social, acolhendo-se de forma definitiva a pessoa, que, ainda que como parte de uma minoria, teria seus direitos respeitados sem qualquer espécie de discriminação.

Não obstante a isso, por todo o exposto, verifica-se que o refúgio tem se destinado a casos em que está envolvida a proteção de um grupo de pessoas, decorrente de certa perseguição que ocorre de forma generalizada, tais como na hipótese de ocupação ou dominação estrangeira, violação dos direitos humanos ou diante de acontecimentos que alterem gravemente a ordem pública interna do país de origem, não havendo que se falar em refúgio, portanto, nos casos de perseguição individual e específica a determinada pessoa definida.

2. O REFÚGIO NO DIREITO INTERNACIONAL COMO PARTE DOS DIREITOS HUMANOS E A TUTELA JURÍDICA DOS REFUGIADOS

A ideia de proteção internacional dos refugiados se funda no reconhecimento internacional de direitos humanos, pois conforme o artigo II, 1, da Declaração Universal dos Direitos Humanos

> Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, *sem distinção de qualquer espécie*, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição (ONU, 1948).

A afirmação de que *todos* os indivíduos devem gozar das garantias que estipula, sem que *nenhuma distinção* seja feita, tem uma relação direta com a justificativa para a existência do instituto do refúgio. Basta comparar o texto da DUDH com o Estatuto do Refugiado, em seu artigo 1º, 2, notando-se que são quase idênticos.

Dessa forma, observamos que é a violação do supracitado artigo 2º da Declaração Universal - representada pela discriminação materializada em forma de perseguição - que leva à invocação do direito de reconhecimento da condição de refugiado.

Com isso, é possível sustentar que o exame do texto, da história e do contexto da Convenção demonstra que o Direito Internacional dos Refugiados não é somente histórico e filosoficamente coincidente ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, mas, de fato, assenta-se na própria essência dos direitos humanos. Foi a partir do reconhecimento no plano internacional de direitos e liberdades fundamentais – cuja

garantia é necessária para a concretização da noção de dignidade do ser humano – que se tornou possível a configuração do atual regime internacional dos refugiados, que tem como alicerce a proteção (não meramente jurídica) desses indivíduos (REIS; MENEZES, 2014, p.68).

O DIDH admitiu o princípio da não discriminação e também que a soberania estatal não pode se tornar justificativa ou escusa para o desrespeito à dignidade dos cidadãos. Com base nesses princípios, a comunidade internacional acordou a necessidade de proteger o indivíduo quando seu Estado de origem é incapaz ou indisposto a cumprir com seu dever de proteção. O Direito Internacional dos Refugiados – em sua configuração e aplicação atual – foi formulado com base nos princípios reconhecidos pelo DIDH, sendo que se tais princípios forem desrespeitados, não haverá proteção internacional da pessoa - objetivo de todo o sistema de proteção dos refugiados.

O direito internacional dos refugiados se situa, consequentemente, dentro da área do direito internacional humanitário e dos direitos humanos, encontrando-se a tutela jurídica dos refugiados diretamente relacionada a estes e sob o tratamento da ordem jurídica internacional (MENDES, 2014).

Além disso, essa espécie de direitos encontra o seu fundamento nos princípios básicos de direitos humanos, visto que surge da necessidade de se institucionalizar a proteção de pessoas que se veem forçadas a fugir de seus países de origem em virtude de perseguições à sua vida e/ou liberdade.

Segundo André de Carvalho Ramos (2010, p. 349-350):

> A Convenção de 1951 estabeleceu a definição de refugiado, os seus direitos e deveres básicos (em especial, o direito de receber documento de viagem, sucedâneo do antigo Passaporte Nansen), bem como os motivos para a cessação da condição de refugiado. A Convenção, contudo, possuía uma "limitação temporal": era aplicável aos fluxos de refugiados ocorridos antes de 1951. Além disso, os Estados, querendo, poderiam estabelecer uma "limitação geográfica" e só aceitar aplicar o Estatuto dos Refugiados a acontecimentos ocorridos na Europa.Em 1966, foi aprovado o Protocolo Adicional à Convenção sobre Refugiados, que suprimiu a limitação temporal da definição de refugiado constante originalmente da Convenção.Já em 1969, foi aprovada a Convenção da Organização da Unidade Africana (hoje União Africana) sobre refugiados. Tal Convenção, que entrou em vigor em 1974, estabeleceu, pela primeira vez, a chamada "definição ampla de refugiado", que consiste em considerar refugiado aquele que, em virtude de um cenário de graves violações de direitos humanos, foi obrigado a deixar sua residência habitual para buscar refúgio em outro Estado.

Como se pode notar, o próprio conceito de refugiado evoluiu dentro do sistema internacional de proteção com o passar do tempo. Inicialmente, mais restrito, com limitações geográfica e temporal, sendo repensado até se concretizar num conceito mais amplo e abrangente, enquadrando pessoas que inicialmente se encontravam desamparadas.

Esse movimento inclusivo, no sentido de abranger cada vez mais pessoas, indubitavelmente possui fatores geopolíticos, tendo-se em vista o avanço da globalização e da economia de capital, que gera conflitos e instabilidades políticas, além de pobreza miséria e desigualdades sociais – que, em última instância, leva à mais conflitos e

insurgências populares. Forma-se, então, um ciclo vicioso que, pouco a pouco, culmina em mais pessoas em situação crítica no que diz respeito aos direitos humanos, coagindo-as ao refúgio.

A ampliação do conceito de refugiado nos tratados internacionais atingiu seu ápice em 1984, conforme ensina Julia Bertino Moreira (2010, p. 113):

> A Declaração de Cartagena de 1984 ampliou a definição do regime internacional da ONU, ao incluir pessoas que deixaram seus países porque sua vida, segurança ou liberdade foram ameaçadas em decorrência da violência generalizada, agressão estrangeira, conflitos internos, violação massiva dos direitos humanos ou outras circunstâncias que perturbaram gravemente a ordem pública (Declaração de Cartagena, 2001).

A compreensão do vínculo filosófico entre refúgio e direitos humanos é exemplificada pelas palavras de Piovesan (2001, p. 37):

> A proteção internacional dos refugiados se opera mediante uma estrutura de direitos individuais e responsabilidade estatal que deriva da mesma base filosófica que a proteção internacional dos direitos humanos. O Direito Internacional dos Direitos Humanos é a fonte dos princípios de proteção dos refugiados e ao mesmo tempo complementa tal proteção.

Loescher e Milner (2003) assinalam outra feição da vinculação entre refúgio e direitos humanos quando afirmam que, embora seja garantida aos Estados a prerrogativa de controlar a entrada de pessoas e reforçar fronteiras, eles também são constrangidos, por instrumentos legais internacionais sobre refugiados e direitos humanos, a fazê-lo sem infringir o direito de pessoas sob a necessidade de proteção e de buscar asilo. Aponta-se, com isso, para o *direito de asilo*, reconhecido na DUDH, que afirma no artigo 14 que "todo ser humano, vítima de perseguição, tem o direito de procurar e gozar asilo em outros países" (ONU 1948).

Além de trazerem conceituação geral e universalmente aplicável ao termo *refugiado*, extrai-se que referidos instrumentos internacionais abarcam os padrões mínimos a serem observados pelos Estados signatários para garantir uma proteção efetiva aos refugiados.

Conquanto existam todas essas previsões internacionais, que possui inestimável relevância, é preciso não perder de vista a outra dimensão da temática, envolvendo os Estados soberanos. De fato,

> A temática dos refugiados se encontra intrinsecamente associada à esfera do Estado nação. Isso porque o país de origem ameaçou violar ou de fato violou ou, ainda, revelou-se incapaz de proteger os direitos de seus nacionais, o que os levou a fugir para escapar da situação de violência. Nessa medida, a categoria dos refugiados emerge como consequência das ações ou omissões políticas empreendidas pelo Estado. Diante disso, o país acolhedor deve prover proteção a essa população estrangeira recebida em seu território e garantir direitos que estavam em risco no país de origem. O vínculo jurídico-político do indivíduo ao Estado nação, enquanto pertencimento a uma comunidade política, ainda se faz necessário, portanto, para o exercício e a concretização efetiva de direitos. Ao deixar seu país de origem e ingressar em outro país, para que a proteção estatal seja concedida e tal vínculo seja restabelecido, o

> indivíduo precisa ter reconhecido o estatuto de refugiado (MOREIRA, 2014, p. 85-86).

Assim, é preciso evidenciar a grande responsabilidade dos Estados soberanos. Em tese, todos as soberanias nacionais devem efetivar garantias mínimas aos seus cidadãos, principalmente no que diz respeito aos direitos humanos. Contudo, nem sempre isso se dá, e mais, algumas vezes esses direitos são tão bruscamente violados que obrigam os indivíduos a deixarem seus lares e buscarem novas perspectivas em outros países.

É nesse momento que ganha importância a posição assumida pelo Estado em relação ao refugiado, pois é preciso que este acolha as pessoas em situação de refúgio da melhor forma possível, de acordo com suas normas internas, que não devem ignorar nem se omitir perante à situação conflituosa vivenciada no plano internacional. Reconhecer a pessoa como refugiada é compreender sua situação de vulneração e tomar atitudes concretas frente a isso.

No que atine ao Brasil, a partir da Lei 9.474/1997, passou a constar do ordenamento jurídico brasileiro a tutela jurídica dos refugiados, reconhecendo-se, em seu artigo 1º,o refugiado como todo indivíduo que: (i) devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país; (ii) não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no item anterior; e que (iii) devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país.

A lei brasileira também criou importante órgão no trato dos refugiados, o chamado Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE):

> A lei brasileira também criou o Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE), formado por representantes dos Ministérios da Justiça (MJ), das Relações Exteriores, do Trabalho, da Saúde, da Educação, do Departamento da Polícia Federal e da sociedade civil (representada pelas instituições religiosas), todos com direito a voto. O representante do ACNUR também se faz presente, com direito a voz. O arranjo institucional do CONARE consolidou a chamada estrutura tripartite, reunindo os principais atores envolvidos com os refugiados no Brasil: instituições religiosas (Cáritas e IMDH – Instituto Migrações e Direitos Humanos), organização internacional (ACNUR) e governo brasileiro (representado por seus órgãos no colegiado, com destaque para o MJ, que o preside). As atribuições do Comitê contemplam: julgar em primeira instância os pedidos de refúgio, ou seja, realizar o processo de elegibilidade pelo qual se reconhece o estatuto de refugiado; determinar a perda e cessação da condição de refugiado; além de "orientar e coordenar ações necessárias à eficácia da proteção, assistência e apoio jurídico aos refugiados" (MOREIRA, 2014, p. 92).

Essa estrutura tripartite que marca a composição CONARE possui grande relevância, pois cada um de seus atores exercem papeis específicos e indispensáveis à integração dos refugiados. O governo brasileiro fornece serviços básicos universais, como saúde e educação, disponíveis à população local. A sociedade civil, representada

principalmente por instituições religiosas, além de ONGs e diversas outras instituições, oferece serviços essenciais, como auxílio à alimentação, cursos para aprendizado do idioma pátrio, moradia, cursos profissionalizantes para auxiliar o ingresso no mercado de trabalho, entre outros. Já o ACNUR destina recursos para financiar o auxílio concedido através das entidades religiosas, as Cáritas, e também fornece especialistas e colaboração técnica para os programas implementados para atender ao grupo (MOREIRA, 2014, p. 94).

Sobre a legislação brasileira em proteção dos refugiados, afirma Julia Bertino Moreira (2010, 118-119) que esta é considerada avançada, moderna e inovadora, sobretudo por conta de sua definição abrangente de refugiado. Afirma ainda que outra inovação se encontra no direito de reunião familiar, estendendo-se a concessão do refúgio aos demais membros da família do refugiado. Com tal medida, o Brasil foi o primeiro país na América do Sul a elaborar uma legislação nacional específica na área, tendo sido também pioneiro na adesão ao regime internacional para os refugiados.

3 DIREITO DOS REFUGIADOS FRENTE AO CONSTITUCIONALISMO E AO INTERNACIONALISMO E AS SUAS DIMENSÕES

Deve-se analisar o Direito sempre sob o devido contexto histórico e como projeto cultural, eis que se trata de um fenômeno histórico e, desde logo, de uma construção humana suscetível de mudanças e em progressiva evolução.

Note-se que essa preocupação de abrigo ao ser humano nas situações mais difíceis se firmou tendo como gênese movimentos políticos de forte impacto no mundo jurídico, na morfologia dos Estados e na interação Estado sociedade.

Deve-se conceder especial zelo ao Constitucionalismo e ao Internacionalismo, do qual emergem sistemas normativos conformados por princípios e regras, que convenientemente interpretados se aplicam aos mais diversos casos, dos mais singelos aos mais dramáticos (ALARCÓN, 2016, p. 222)

Trata-se de um conjunto de direitos – fundamentais, conforme a Constituição Federal de 1988 – aos quais se lhes reconhece o vigor normativo de se opor tanto a governos como a particulares, possuindo, portanto, eficácia vertical e horizontal. Igualmente, possuem força para inibir eventual objetivo estatal de retroceder – proibição de retrocesso –, e impulsionam uma *ratio* hermenêutica sempre em sentido favorável aos seres humanos.

Nesse conjunto de blocos normativos, outra ramificação é composta pelo chamado Direito dos Refugiados, que especialmente hoje adquire singela, porém firme autonomia. Esta espécie se posiciona como disciplina que busca promover o dever de amparo da sociedade internacional e dos Estados aos povos e pessoas ameaçadas em circunstâncias político-militares, culturais ou econômico-sociais adversas, envolvendo governos, grupos armados ou forças que por qualquer modo atentem contra seus direitos mínimos, sobretudo contra a vida.

Justamente por essa razão nunca é demais reafirmar que é preciso, tanto na perspectiva do Direito Constitucional quanto na do Direito Internacional, orientar-se pela

aplicação da norma mais favorável ao ser humano. Isto é, a aplicação do princípio *pro homine*.

Focalizando o plano teórico no campo do Direito, deve-se estar atento ao fato de que a ampliação do conceito jurídico de refugiado e das medidas de proteção à população deslocada é uma resposta humanitária em sentido universal, regional e local, tendo em vista a falta de efetividade dos direitos humanos como uma característica da nossa época. O Direito,enquanto fenômeno histórico,deseja acompanhar as diversas realidades humanas; busca ordená-las aproximando tais realidades a uma valoração ou sentido ético que se baseia na noção da humanidade. A ampliação conceitual significa que novas modalidades de refúgio tornaram-se necessárias porque infelizmente os conflitos não acabaram e, muito pelo contrário, outras modalidades surgiram (ALARCÓN, 2016, p. 231).

A difícil situação dos deslocamentos forçados é bastante complexa e incorpora uma multiplicidade de formas, que regularmente advêm da própria situação do Estado ou das causas e elementos próprios da crise existente. O ACNUR (1997, p. 3) reconhece que as circunstâncias e características que assumem as modalidades de deslocamento são também variadas. Regularmente se indicam a expulsão em massa, o deslocamento econômico, a limpeza étnica, o traslado de população, a repatriação involuntária ou retorno forçado. Deve-se atentar para o fato de que, em todos os casos, o elemento comum é a necessidade de efetiva proteção social e jurídica e de um tratamento em acordo com os princípios humanitários e as normas dos direitos humanos.

Não obstante a isso, digno de preocupação que, no campo da responsabilidade estatal, a via do amparo aos refugiados e migrantes em geral regrediu quando a União Europeia e os Estados Unidos, em função das variáveis econômicas relacionadas a sua capacidade de absorção de mão de obra e até de seu interesse nacional, criaram legislações restritivas à livre circulação de pessoas. Apesar dos argumentos que partem de uma prerrogativa estatal ilimitada para legislar sobre temas migratórios, essas justificativas podem cair por terra se considerarmos que esses países se beneficiaram no passado com a obtenção de mão de obra de imigrantes estrangeiros, a custos irrisórios. Já não é nenhum segredo que a questão migratória é utilizada como mecanismo de crescimento econômico, para logo promover-se o descarte de seres humanos que deixam de ser de presença valiosa no território do Estado que os rejeita (ALARCÓN, 2016, p. 232)

Nessa linha de argumentação, o problema do refúgio deve ser abordado levando em conta os postulados principiológicos orientadores da política externa dos Estados; sua responsabilidade na preservação dos direitos humanos; o compromisso com o cumprimento das normas do Direito Internacional Humanitário (DIH) pelos grupos rebeldes, insurgentes ou dominantes em uma região; o desenvolvimento dos princípios da solidariedade e da fraternidade como postulados jurídicos que conduzam ao fortalecimento dos laços de cooperação, especialmente entre Estados, organizações internacionais – em particular as que integram sistema das Nações Unidas – e demais atores possíveis.

No plano nacional, é preciso que haja extrema cooperação entre os diversos atores envolvidos, como o governo nacional, as instituições que prestam apoio aos

refugiados – que tem sido, prevalentemente, as ONGs e instituições religiosas -, e a sociedade civil. A integração é necessária para que haja verdadeira inclusão daquelas pessoas que foram excluídas, inicialmente, de suas próprias nações. Tal deve se dar à luz da Constituição Federal e de seus princípios basilares, a fim garantir aos refugiados o mínimo existencial que a todos deve ser garantido, calcado nos direitos fundamentais inatos a todo ser humano. Ainda, outras normatizações devem complementar a referida proteção, através de políticas públicas institucionalizadas de inserção social dos refugiados.

Deve-se optar, nessa perspectiva, e tendo em vista a interpretação mais favorável ao ser humano – que implica reconhecer quando a pessoa se enquadra nas hipóteses de refúgio estabelecidas no Estatuto dos Refugiados e seus Protocolos complementares, bem como nas diretrizes da Lei 9.474 de 22 de julho de 1997 – a obtenção do refúgio deve ser analisada como um direito fundamental, especialmente quando sua não concessão possa ocasionar ao perseguido situação de ausência total de condições de defesa diante da perseguição da qual é objeto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A admissão como refugiado em um país pode representar a diferença entre a vida e a morte. Foi a percepção do limbo em que os refugiados se inserem, bem como a necessidade de garantia de não discriminação de direitos e liberdades fundamentais balizadores das condições de vida dignas aos indivíduos, que levaram à produção da disposição que hoje caracteriza o regime internacional dos refugiados.

A questão dos refugiados originou-senos primórdios da raça humana, sendo que a comunidade internacional apenas começou a dispensar atenção jurídica e institucional às suas vítimas a partir do século XX.A partir do Estatuto de 1951,cresceram os esforços internacionais a fim de construir um ordenamento geral dos refugiados,a fim de lhes propiciar garantias e direitos, bem como universalizar os critérios definidores de seu *status*.

A Lei 9.474/1997 é considerada uma das mais avançadas da matéria no mundo, trazendo uma definição ampliada do conceito de refugiados que, aos requisitos clássicos de perseguição por motivos religiosos, étnicos e/ou políticos, alia a ideia da *grave e generalizada violência aos direitos humanos*, que abarca um número bem maior de solicitantes de refúgio.

Em referência ao cenário brasileiro, pode-se afirmar que é preciso ligar as análises sobre o impacto do refúgio no Brasil à efetividade máxima dos direitos humanos, com fundamento na interpretação/aplicação da Constituição Federal de 1988 e da Lei 9474 de 1997.

Apesar de existir um considerável esforço internacional para se garantir uma proteção ampla aos refugiados, ainda há muito a ser feito para que a proteção ocorra de maneira efetiva, sobretudo no tocante ao respeito do direito de solicitação de refúgio,do

direito de não devolução (princípio do *non-refoulement*), e também em relação à integração local e assistência aos refugiados, à garantia de acesso às políticas públicas de saúde, educação, trabalho e moradia existentes para os nacionais e ao estabelecimento e efetivação de políticas públicas específicas para atender as necessidades especiais dos refugiados.

Obviamente, as duas Grandes Guerras do século XX e os conflitos de média e baixa intensidade produzidos e ainda em curso em várias regiões do planeta, oriundos da política externa irresponsável de potencias e da própria OTAN, ocasionam o deslocamento forçado tanto interno quando externo. Na verdade, pode-se dizer, sem exageros, que a existência corriqueira de conflitos na atualidade traduz a crise do modelo de sociedade internacional adotado após a Segunda Guerra, e que se acentuou após a Guerra Fria. Nesse sentido, muito embora tenha havido a realização de esforços para consolidar as organizações internacionais como artífices de um clima de diálogo e cooperação, no fundo, as relações internacionais se sustentam numa estrutura hegemônica de poder que se contrapõe à conquista de uma comunidade internacional organizada sobre bases mais humanitárias.

Contudo, o mundo atual é também caracterizado pelo estabelecimento de diversos obstáculos à mobilidade humana, e os refugiados, conquanto o caráter forçado do seu movimento internacional, têm sido envolvidos por esse contexto de restrição à movimentação, motivo pelo qual se destaca a existência de uma *crise da proteção ao refugiado*. Tal limitação, no que concerne aos refugiados, tem se caracterizado, sobretudo, por um processo de determinação do *status* de refugiado que busca preponderantemente desqualificar as condições que determinam tal condição, em vez de visar garantir o refúgio a pessoas com necessidade de proteção internacional. Nesse ambiente, a definição de refugiado tem sido considerada de forma restrita, para que um menor número de pessoas possa ser incluído na categoria.

Como conclusão, tem-se que a exploração científica rigorosa do conteúdo jurídico da dignidade humana, da solidariedade e da tolerância, bem como a compreensão adequada do asilo e do refúgio como mecanismos constitucionais de amparo são a base para prosseguir no caminho jurídico da prevalência dos direitos humanos como imposição do constituinte tanto na ordem nacional quando na internacional.

REFERÊNCIAS

ACNUR. *La Situación de los Refugiados en el Mundo.* Un programa Humanitario. 1997-1998. Barcelona: Icaria Editorial. 1997.

ALARCÓN, Pietro de JesúsLora. Direitos dos refugiados: uma leitura com fundamento nos princípios constitucionais. *Revista Ius Gentium*, Curitiba, v. 7, p. 219-241, 2016.

BAPTISTA, Olívia CerdouraGarjaka. A proteção internacional das crianças refugiadas.*Revista de Direito Educacional* – Ano 2 – Vol 4 – jul.-dez. – 2011.

BARROS, Miguel Daladier. O drama dos refugiados ambientais no mundo globalizado. *Revista Consulex* – Ano XIV – Número 317 – Março de 2010.

BRASIL. Lei 9.474, de 22 de julho de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9474.htm>. Acessoem: 17 jul. 2016.

LOESCHER, G.; MILNER, J. The Missing Link: The need for comprehensive engagement in regions of refugee origin. *InternationalAffairs*, 79(3), 2003, p. 595-617.

MENDES, Gustavo Catunda. A tutela jurídica dos refugiados no direito brasileiro e internacional. *Revista Âmbito Jurídico*, v. 121, 01/02/2014, 2014.

MOREIRA, Julia Bertino. Redemocratização e direitos humanos: a política para refugiados no Brasil.*Revista Brasileira de Política Internacional* – Ano 53 – n. 1 – 2010.

_____. Refugiados no brasil: reflexões acerca do processo de integração local. REMHU - *Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana*. Brasília, Ano XXII, n. 43, p. 85-98, 2014.

ONU. *Convenção Relativa ao Estatuto do Refugiado*. 1951. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf?view=1>. Acesso em: 16 jul. 2016.

_____. Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1948. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2016.

RAMOS, André de Carvalho. *O principio do non-refoulement no direito dos refugiados*: do ingresso à extradição. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 892. p. 347-376, 2010.

REIS, Rossana Rocha; MENEZES, Thais Silva. Direitos humanos e refúgio: uma análise sobre o momento anterior à determinação do status de refugiado. *Revista de Sociologia e Política*, UFPR, Curitiba, v. 22, p. 61-83, 2014.

CAPÍTULO XIII

DA EXCEPCIONALIDADE DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

VILELA DOS SANTOS, Vinícius[180]
CONTELLI, Everson Aparecido[181]

RESUMO: o objetivo proposto é um estudo a respeito da distribuição do ônus da prova entre as partes processuais, considerando, sobretudo, as modificações trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015, com ênfase à excepcionalidade de aplicação desta medida, em que há a estipulação de pressupostos bem delimitados para sua aplicação. O tema é de indubitável importância, visto que é peça fundamental para que se alcance a finalidade de justiça da prestação jurisdicional, mediante auxílio para formação da convicção necessária ao juiz para que posso sentenciar de modo adequado, e que a produção probatória poderá, excepcionalmente, ser direcionada a quem se encontre em posição privilegiada para sua produção, desde que essa produção não seja demasiadamente difícil ou impossível.

PALAVRAS-CHAVE: Provas. Ônus Probatório. Distribuição Dinâmica. Distribuição Estática. Novo Código de Processo Civil. Pressupostos.

1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

O tema que se propõe a discutir neste trabalho é o da distribuição do ônus da prova entre as partes processuais, notadamente a novel sistemática de distribuição dinâmica do ônus da prova prevista no Código de Processo Civil de 2015 (Lei 13.105/2015), com ênfase à excepcionalidade de aplicação desta medida.

Tema de extremo relevo no processo cível é o estudo da prova, seja por se tratar de "ponte"[182] entre o direito substantivo e adjetivo, seja por se tratar de instrumento

[180] Docente do curso de Direito da Faculdade de Presidente Epitácio – FAPE. Especialista em Direito Civil e Processual Civil e Especialista em Direito Empresarial e Tributário pelo Centro Universitário Toledo (Presidente Prudente/SP). Aluno Especial da Pós Graduação "strictu senso" (mestrado) em Direito Processual pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. e-mail: vinicius@vilelaadv.com.
[181] Mestrando em Direito pela UENP. Delegado de Polícia no Estado de São Paulo. Integrante dos Grupos de Pesquisa GPCERTOS e Políticas Públicas e Direitos Sociais, vinculados à UENP e coordenados pelos professores Doutores Ilton Garcia da Costa e Valter Foleto Santin, respectivamente.
[182] Esta expressão foi usada por MICHELI, Gian Antônio. *Curso de derecho procesal civil.*Traducción Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Europa-América, 1970, v. 2, p. 87.

indispensável para atingir os escopos processuais, dentre os quais se destaca a pacificação social *com justiça*.[183]

Tamanha a importância do tema que JEREMY BENTHAM chegou a dizer que "arte do processo não é essencialmente outra coisa senão a arte de administrar as provas"[184].

Com efeito, muito já se tem discutido acerca do tema da prova, em especial sobre o ônus da prova. E, nesta seara, mostra-se importantíssimo o tópico sobre a distribuição desse ônus probatório entre às partes.

Nesse sentir, mostra-se indispensável a definição de cargas probatórias, bem como a análise das teorias de distribuição do ônus probatório existentes no sistema jurídico brasileiro, notadamente a teoria preconizada por GIUSEPPE CHIOVENDA[185], que fora adotada pelo Código de Processo Civil de 1973, e como regra geral no Código de Processo Civil de 2015, e a teoria propagada pelo jurista argentino JORGE WALTER PEYRANO[186], inserida no arcabouço jurídico pátrio pelo Novo Código de Processo Civil como medida excepcional de distribuição do ônus *probandi*.

Segundo a proposição de distribuição do ônus da prova de CHIOVENDA, já estatuída no artigo 333 do Código de Processo Civil de 1973[187], ao autor compete a prova dos fatos constitutivos de seu direito, e ao réu, por outro lado, a prova dos fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito alegado pelo autor.

No entanto, essa repartição do encargo probatório em algumas situações se mostrou insuficiente a alcançar a finalidade de justiça do provimento jurisdicional, uma vez que a parte incumbida da prova, em determinadas situações, via-se em extrema dificuldade ou até mesmo impossibilidade de se desincumbir deste ônus, enquanto a outra parte possuía plenas condições de aclarar determinado fato no processo.

Com isso, a despeito de um acesso à justiça de maneira formal e de respeitado o devido processo legal formal, pelo modelo estático, a parte não obtém uma prestação jurisdicional justa, razoável e proporcional, o que contribui para tomada de decisões que destoam ao direito material, fator que contribui para verdadeira exclusão social de todos aqueles que não dispõem de capacidade de acesso à prova.

Diante disso, examina-se as situações de impossibilidade ou extrema dificuldade da prova, denominada pela doutrina de prova diabólica, bem como as situações em que essa dificuldade probatória atinge ambas as partes do processo, o que se intitula situação de inesclarecibilidade.

E, justamente a fim de se evitar essas situações de dificuldade probatória, desencadeadoras de exclusão social que se iniciou a construção doutrinária e pretoriana acerca da dinamização desse encargo probatório, amplamente defendida por PEYRANO.

---

[183] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instrumentalidade do Processo***,** 15. ed. São Paulo: Malheiros: 2013.
[184] BENTHAM, Jeremy. *Tratado de las pruebas judiciales.* Trad. da obra *Traité des preuves judiciaires* por Manuel Ossorio Florit. Buenos Aires: EJEA, 1971, v. I, p. 10.
[185] CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil.* Trad. da 3. ed. Italiana por J. Guimarães Menegale. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969. v. 2, p. 382.
[186] Dentre outros textos: PEYRANO, Jorge W. *Informe sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas*. *RePro*. Vol. 217, 2013, p. 205-223.
[187] E mantida como regra no novo diploma processual (artigo 373).

Entretanto, faz-se mister a análise dos requisitos necessários para essa proposta de dinamização do *onus probandi*, de forma a proporcionar pacificação com justiça em cada caso concreto[188], evitando, por conseguinte, situações de insegurança jurídica.

2. DA PROVA

Quando um conflito de interesses é levado ao julgamento estatal, mostra-se imprescindível identificar a norma aplicável ao caso concreto, e, de outro lado, analisar a veracidade dos fatos alegados pelas partes.

Acerca das normas, existe a presunção de que são conhecidas pelo órgão julgador (*iura novit curia*) e não exige prova, salvo quando se tratar de direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário (Artigo 376 do Código de Processo Civil de 2015[189]). Caso o juiz verifique uma lacuna, obscuridade ou contradição do ordenamento positivo, poderá afastá-las com o emprego de técnicas que lhes são conhecidas.[190-191]

De outro lado, em se tratando dos fatos alegados pelas partes, o julgador somente terá conhecimento, no mais das vezes, por intermédio das provas[192].

O vocábulo "prova" é multifacetário e tem raiz etimológica no termo latim *probo* (*probatio* e *probus*), que exprime as ideias de "aprovação", "confiança", "correção" etc.[193]

O termo prova ainda pode ser juridicamente concedido sob três conceitos: a) como *demonstração* – com vistas a fornecer elementos de informação para estabelecer a verdade sobre determinados fatos; b) como *experimentação* – como teste para verificação da veracidade de determinada hipótese ou afirmação; ou, c) como *desafio* ou *competição* – que consiste em um obstáculo a ser superado como condição da verificação de certas qualidades.[194]

Não obstante as variadas definições de prova, para o presente estudo, prova será entendida como o meio de convencer o espírito da pessoa, sobre a (in)existência de alguma coisa[195], e *provar* como a atividade processual que tem o escopo de influir na convicção do julgador, objetivando o maior grau de certeza possível, sempre com vistas à prestação jurisdicional justa.

---

188 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do Processo*, 15ª ed., São Paulo: Malheiros, 2013, p. 199.

189 Artigo 337 do Código de Processo Civil de 1973.

190 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Julgamento e ônus da prova.* Temas de direito processual, 2ª série, São Paulo: Saraiva, 1988, p. 73.

191 Artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: " Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito".

192 O artigo 374 do Código de Processo Civil de 2015 estabelece que "não dependem de prova os fatos: I - notórios; II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; III - admitidos no processo como incontroversos; IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade"; E, com idêntica redação, o artigo 334 do Código Processual de 1973.

193 GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro)* in *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*, coords. Flávio Luiz Yarshell e Maruício Zanoide de Moraes, São Paulo: DPJ, 2005, p. 305.

194 Idem, ibidem.

195 SOUZA, Gelson Amaro de. *Curso de Direito Processual Civil*, 2ª ed, 1998. Presidente Prudente: Data Juris Editora, p. 630.

Importante ajustar que a produção da prova, além de atender o interesse das partes litigantes atende aos escopos do processo, na medida em que se trata de instrumento para alcançar uma decisão justa e efetiva. Assim, nos casos em que não houver prova satisfatória dos fatos alegados, a despeito de o juiz decidir a controvérsia (vedação ao *non liquet*), o escopo jurídico do processo restará prejudicado.[196]

Destarte, "quanto melhor e, portanto, mais produtiva for a prova coligida no processo, possivelmente maior será a segurança do juiz para julgar e, certamente, com maior justiça".[197]

2.1. DO ÔNUS DA PROVA

Porém, caso esse estado de certeza não seja obtido e o juiz não esteja convencido – ou suficientemente convencido[198] – acerca da existência ou não de determinado fato alegado no processo, diante da vedação do *non liquet*, surge o ônus da prova que determina quem deva sofrer a consequência pela inércia ou insuficiência probatória.

Segundo o professor CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO: "ônus da prova é o encargo, atribuído pela lei a cada uma das partes, de demonstrar a ocorrência dos fatos de seu próprio interesse para as decisões a serem proferidas no processo"[199].

A regra do ônus da prova, portanto, destina-se a iluminar o juiz que chega ao final do procedimento e não está convencido acerca de como os fatos ocorreram, de forma que a regra do ônus probatório é um indicativo para o julgador se livrar da dúvida e julgar o mérito da demanda, pondo fim ao processo. Tal dúvida deverá ser suportada pela parte que detinha o ônus da prova.[200]

Nesse diapasão, didática é a lição dos professores COMOGLIO, FERRI e TARUFFO que, segundo os quais, como o juiz não pode deixar de decidir ou aplicar um *non liquet*, as regras que disciplinam o ônus da prova é que definem os parâmetros que permitem a solução da controvérsia quando os fatos não restam aclarados, ou seja, tais regras ganham relevo quando um fato principal resulta desprovido de prova, pois sua função é justamente estabelecer a parte que deveria fazer a prova e delimitar as consequências em razão da ausência de tal prova.[201]

Pertinente concluir, então, que o ônus da prova decorre de três princípios, quais

[196] YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova.* São Paulo: Malheiros, 2009, p. 51.
[197] CARNEIRO, Paulo Cézar Pinheiro. *Acesso à justiça.* Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 73.
[198] Conforme lição de MICHELI, não provar nada ou provar de forma insuficiente se equivalem no processo civil: "*no probar del todo o probar insuficientemente es, por tanto, idêntico em el processo civil, puesto que em ambos casos, agotada negativamente la fase de valoración de las pruebas, entra simpre em aplicación la regla de juidicio antes recordada*" *in* MICHELI, Gian Antonio. *La carga de la prueba*. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Bogotá: Temis, 2004, p. 163-164. E também em MICHELI, Gian Antonio. *L'onere dela prova.* 2. ed. Padova: Cedam, 1966.
[199] DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil, vol. III, 6ª ed. 2009, São Paulo: Malheiros Editores, p. 71.
[200] MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*, 2. ed. Rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 170.
[201] COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile,* 2. ed. Bologna: Il Mulino, 1995, p. 526.

sejam, o princípio da indeclinabilidade da jurisdição – segundo o qual o julgador não pode deixar de proferir uma decisão (*non liquet*); princípio da imparcialidade – que veda ao juiz de tomar partido de uma das partes, quer quanto à iniciativa da ação, quer quanto à iniciativa da prova; e do princípio da persuasão racional na apreciação da prova, ou seja, o magistrado deve decidir segundo o alegado e provado nos autos (*secundum allegata et probata partium*) e não segundo suas convicções pessoais (*secundum propriam conscientiam*).

Convém destacar que o ônus não se confunde com obrigação, tampouco com dever[202], uma vez que o não exercício do ônus não importa em ato ilícito, e não é sancionado, enquanto a transgressão de uma obrigação ou de um dever é ilícita e sancionada.[203]

JOÃO BATISTA LOPES leciona que "a lei não impõe o dever ou a obrigação de arrolar testemunhas, requerer perícia ou juntar documentos, mas se a parte deixar de fazê-lo, quando necessário, correra o risco de não ver demonstradas suas alegações".[204]

Ainda, segundo DINAMARCO, em alusão a JAMES GOLDSCHMIDT, o ônus é "um imperativo do próprio interesse", e complementa asseverando que "os ônus não são impostos para o bem de outro sujeito, senão do próprio sujeito ao qual se dirigem".[205]

Deste modo, pode-se dizer que o ônus se trata de uma faculdade da parte que, em caso de omissão, terá sua situação processual agravada, sem, contudo, que sofra qualquer punição por esta conduta omissiva.

2.1.1 DO ÔNUS PROBATÓRIO SUBJETIVO E OBJETIVO

Demais disso, o ônus da prova pode ser visto sob dois aspectos, cuja importância reside na determinação de quais sejam os destinatários das normas referentes ao ônus da prova.[206]

É possível vislumbrar o aspecto subjetivo (ou formal) do ônus probatório que é aquele que estipula uma regra de conduta para as partes, de forma a nortear sua atividade probante, uma vez que "permite dar conhecimento a cada parte de sua parcela de responsabilidade na formação do material probatório destinado à construção do juízo de fato"[207]

Nesta toada, elucidativo é o escólio do mestre BARBOSA MOREIRA sobre o ônus formal:

> O desejo de obter a vitória cria para o litigante a necessidade, antes de mais

[202] Para José Manoel de Arruda Alvim, "o dever (*strictu sensu*) tem como característica básica a perpetuidade, ao contrário do ônus e da obrigação, que se esgotam com o seu cumprimento" (ARRUDA ALVIM, José Manoel de. *Manual de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: RT, 1997, p. 473).
[203] PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 41.
[204]*A prova no direito processual civil*. São Paulo: RT, 2000, p.34.
[205] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituição de direito processual civil.* 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. II, p. 209.
[206] YARSHELL, Flávio Luiz. *Op. cit.*, p. 49.
[207]CARPES, Artur. *Ônus dinâmico da prova*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 52.

> nada, de pesar os meios de que se poderá valer no trabalho de persuasão, e de esforçar-se, depois, para que tais meios sejam efetivamente utilizados na instrução da causa. Fala-se, ao propósito, de ônus da prova, num primeiro sentido (ônus subjetivo ou formal).[208]

De outra banda, o aspecto objetivo (ou material) consiste em regra de julgamento para o juiz, isto é, trata-se de um código de procedibilidade para os casos em que não houver nos autos prova das alegações das partes, tendo em vista a vedação do *non liquet*.

E, com a clareza que lhe é peculiar, prossegue o ilustre mestre dissertando sobre o ônus material:

> A circunstância de que, ainda assim, o litígio deva ser decidido torna imperioso que alguma das partes suporte o risco inerente ao mau êxito da prova. Cuida então a lei, em geral, de proceder a uma distribuição de riscos: traça critérios destinados a indicar, conforme o caso, qual dos litigantes terá de suportá-los, arcando com as consequências desfavoráveis de não se haver provado o fato que lhe aproveitava. Aqui também se alude ao ônus da prova, mas num segundo sentido (ônus objetivo ou material).[209]

Vale dizer, ainda, que, encerrada a fase probatória do processo, caso o julgador não se convença a respeito dos fatos alegados pelas partes, o ônus da prova objetivo vai indicar como deverá proceder, ou seja, a dúvida vai prejudicar àquele que tem o ônus.

Por conseguinte, o ônus da prova se mostra, ao mesmo tempo, uma *regra de conduta* para as partes (ônus subjetivo), estabelecendo quais os fatos que cada um dos litigantes deve provar, e uma *regra de julgamento* para o julgador (ônus objetivo), uma vez que permite ao juiz decidir mesmo não havendo provas suficientes.[210]

2.2 DA AQUISIÇÃO PROCESSUAL DA PROVA/COMUNHÃO DAS PROVAS

Incumbe ressaltar que, em razão do princípio da comunhão das provas ou da aquisição processual da prova, pouco importa no processo quem foi que a produziu.

Ao que se chama 'princípio da comunhão da prova' denota-se que a prova, depois de produzida, não pertence mais a quem a faz, mas ao processo; pouco importa sua origem, se das partes ou da iniciativa probatória do juiz.

Uma vez realizada a prova, pouco importa sua procedência. Nenhum juiz rejeita a prova do fato constitutivo, pela simples circunstância de ter sido ela trazida pelo réu. Nem rejeita a prova de um fato extintivo pela circunstância de, porventura, ter sido ela trazida pelo autor.[211]

Vale dizer, ainda, segundo as lições ilustre professor BARBOSA MOREIRA, "em última análise, não é o comportamento da parte onerada que está em causa. Os resultados da atividade instrutória são apreciados pelo órgão judicial sem qualquer valoração,

[208] *Op. cit.* p. 74.
[209] *Idem, ibidem,* p. 74-75.
[210] CAMBI, Eduardo. *A prova Civil: admissibilidade e relevância.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. p. 317.
[211] BARBOSA MOREIRA,José Carlos. *O juiz e a prova*. Revista de Processo nº 35, 1984. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 181.

positiva ou negativa, desse comportamento".[212]

E prossegue:

> Se persistiu a obscuridade, em nada aproveita à parte onerada alegar que fez, para dissipá-la, tudo que estava ao seu alcance, e portanto nenhuma culpa se lhe pode imputar. Inversamente, se a obscuridade cessou para dar lugar à certeza da ocorrência do fato, em nada prejudica a parte onerada a circunstância de que ela própria não tenha contribuído, sequer com parcela mínima, e ainda que pudesse fazê-lo, para a formação do convencimento judicial, devendo-se o êxito, com exclusividade, a outros fatores.[213]

Por isso que, como já mencionado, ao julgador incumbe apenas se ater ao ônus probatório objetivo, justamente por não impor ao julgamento da demanda quem foi que produziu a prova, mas tão somente se o fato foi suficientemente esclarecido, pouco importando a parte que produziu a prova.

3. DA DEFINIÇÃO E DISTRIBUIÇÃO DA CARGA PROBATÓRIA

Desta forma, diante da já mencionada vedação do *non liquet*, surge a necessidade de estabelecer regras acerca do encargo que cada parte tem em produzir as provas dos fatos alegados, e o efeito da falta ou insuficiência de provas.

Em outras palavras, o problema da carga probatória se apresenta fundamentalmente quando o juiz deve sentenciar e não há no processo prova suficiente e eficaz das alegações das partes que produzam a certeza necessária para formar sua convicção.[214]

O significado do *onus probandi*, então, não parece ser outro senão a de assinalar as consequências prejudiciais que a insuficiência de prova causará à parte que devia provar.[215]

E, destacando a importância do tema, o jurista alemão LEO ROSENBERG assevera que a distribuição adequada e prudente o ônus da prova é uma das instituições mais necessárias, ou pelo menos, mais desejáveis, da ordem jurídica.[216]

3.1 DA DISTRIBUIÇÃO ESTÁTICA DA CARGA PROBATÓRIA E DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

[212] BARBOSA MOREIRA,José Carlos. *As presunções e a prova.* In *Temas de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 75.
[213] *Idem, ibidem*
[214] CARBONE, Carlos Alberto. *Cargas probatorias dinámicas: una mirada al Derecho Comparado y novedosa ampliación de su campo de acción,* in *Cargas probatorias dinámicas*. p. 197-228. Coord. Jorge W. Peyrano. 1. ed. 1. reimp. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 200.
[215] TEPSICH, María Belén. *Cargas probatorias dinámicas,* in *Cargas probatorias dinámicas,* p. 153-167.Coord. Jorge W. Peyrano. 1. ed. 1. reimp. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 157
[216] ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba.* Tradução espanhola, por Ernesto Krotoschin, da obra original intitulada *Die Beweislast*. 3. ed. C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München und Berlin, 1951. Buenos Aires: EJEA, 1956, p. 85.

Nesse sentido que o artigo 373 do Código de Processo Civil de 2015 disciplina sobre o ônus da prova de cada parte, atribuindo ao autor a prova dos fatos constitutivos de seu direito (inciso I), e ao réu a prova da existência de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor (inciso II), com idêntica previsão ao que já era previsto no artigo 333 do revogado código processual.

O sistema processual civil brasileiro adotou, portanto, como regra, a teoria estática do ônus da prova, distribuindo previamente o encargo de produzir provas às partes, ao autor os fatos constitutivos de seu direito, e, ao réu, os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor.

Segundo esta regra de distribuição do ônus da prova, preconizada por GUISEPPE CHIOVENDA, se o réu negar os fatos alegados pelo autor, não terá que fazer qualquer prova, enquanto este não provar os fatos alegados (*actore non probante reus absolvitur*). No entanto, quando provados os fatos constitutivos do direito do autor, surge para o réu o interesse à prova, e sob dois aspectos: a) prova da inexistência daqueles fatos (contraprova); b) ou sem excluir os fatos alegados pelo autor, se afirmou outros fatos aptos a obstar o direito do autor, a prova destes.[217]

Portanto, pode-se dizer que o alicerce central desse sistema estático é justamente garantir maior segurança jurídica, prevendo um encargo probatório prefixado.[218]

No entanto, a práxis tem demonstrado que, em alguns casos, a aplicação desta teoria produz resultados conflitantes com o modelo constitucional do processo, que propugna por um devido processo, que seja justo e equitativo.[219]

Diante disso, passou-se a buscar alternativas à essa teoria tradicional, como se vê, por exemplo, nas relações de consumo. A aplicação da regra estática do ônus da prova, por vezes, poderia gerar resultados injustos e dificultar o acesso do consumidor à tutela jurisdicional.

O Código de Defesa do Consumidor (Lei. 8.078/90) passou a prever como direito básico do consumidor "a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências".[220]

Esta previsão de ônus probatório da lei consumerista visa justamente reequilibrar a posição processual ocupada por partes que, no mais das vezes, são manifestamente desiguais.

Do citado dispositivo legal se extraem dois requisitos para inversão do ônus da prova, qual seja a verossimilhança das alegações ou a hipossuficiência do consumidor. É

[217] *Op. cit.,* p. 380.
[218] RODRIGUES, Daniel Colnago; MONTEIRO NETO, João Pereira. *Reflexões sobre a distribuição dinâmica do ônus probatório.* In: DIDIER JR., Fredie (coord.). *Processo de conhecimento – Provas.* Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 409.
[219] SANTOS, Welder Queiroz dos. *O ônus da prova no CPC de 2015: da teoria estativa de Giuseppe Chiovenda à teoria dinâmica de Jorge Wagner Peyrano.* In *O Novo Código de Processo Civil Brasileiro 0 Estudos dirigidos: Sistematização e procedimentos.* Coordenação Thereza Arruda Alvim [*et.al.*], Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 707.
[220] Artigo 6º, inciso VIII.

a chamada inversão *ope judicis*, na qual o juiz, verificando a existência de um[221] dos requisitos mencionados, deve conceder a inversão até mesmo de ofício.

Digno de nota, que a legislação de proteção e defesa do consumidor ainda previu a inversão do ônus *ope legis*, sendo que "o ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina" (artigo 38).

Incumbe advertir, ainda, que a expressão "inversão" se mostra imperfeita, uma vez que não há mudança de ordem do ônus probatório, o que ocorre é que, em determinadas situações, a parte é dispensada de fazer prova de algum fato por ela alegado.[222]

3.2 DA PROVA DIABÓLICA E DA SITUAÇÃO DE INESCLARECIBILIDADE

A adoção exclusiva de regras estáticas, determinadas unicamente pela posição processual da parte e pela natureza dos fatos (constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos), pode gerar situações em que a produção de determinada prova seja impossível pela parte que possui o ônus probatório.

A doutrina moderna tem utilizado a expressão *probatio diabolica* (prova diabólica)para designar ocasiões em que é impossível, senão muito difícil, de ser produzida determinada prova, ou seja, trata-se da "expressão que se encontra na doutrina para fazer referência àqueles casos em que a prova da veracidade da alegação a respeito de um fato é extremamente difícil, nenhum meio de prova sendo capaz de permitir tal demonstração".[223]

Tem-se que a prova diabólica, como regra, se refira a fato negativo, valendo mencionar, a título de exemplificação, a situação do autor da ação de usucapião especial, que teria de provar não ser proprietário de nenhum outro imóvel, já que tal condição é pressuposto dessa modalidade de usucapião. Essa prova negativa de propriedade é impossível de ser feita, pois o autor teria que juntar certidões negativas de todos os cartórios do mundo[224].

Não obstante, existem provas diabólicas que não se referem apenas a fatos negativos. Como exemplo, pode-se verificar tal impossibilidade, ou grande dificuldade, de produzir a prova nos casos em que a parte não tem acesso à documentação que demonstra a veracidade de suas alegações.

Note-se que a prova diabólica importa em impossibilidade ou extrema dificuldade para uma das partes a produzi-la, mas cuja produção seja viável à outra parte.

Contudo, pode haver, ainda, situações em que a prova é bilateralmente diabólica,

---

[221] Sobre a cumulatividade ou alternatividade dos requisitos: "muito já se discutiu se esses pressupostos são cumulativos ou alternativos, mas hoje a questão está pacificada no sentido da alternatividade. A própria conjunção alternativa empregada pelo legislador no texto está a apontar nesse sentido" (CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de direito do consumidor.* 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 326).

[222] LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Garantia do tratamento paritário das partes.* In CRUZ E TUCCI, José Rogério (coord.). *Garantias Constitucionais do processo civil.* São Paulo: RT, 1999, p. 114.

[223] CÂMARA, Alexandre Freitas. *Doenças preexistentes e ônus da prova: o problema da prova diabólica e uma possível solução.* In *Revista dialética de Direito Processual.* São Paulo: Dialética, n. 31, 2005, p.12.

[224] Exemplo trazido por FREDIE DIDDIER JUNIOR em sua obra Curso de Direito Processual Civil. Vol. 2, 6. ed. 2011. Salvador: JusPODIVM, p. 93.

ou seja, ambas as partes em litígio não possuem meios de produzi-la. Essa situação, segundo o professor LUIZ GUILHERME MARINONI [225], é chamada de "situação de inesclarecibilidade".

Nesses casos de impossibilidade de produção da prova, cabe ao juiz verificar, ao término da instrução processual, qual das partes assumiu o "risco de inesclarecibilidade", para que este suporte o encargo desta situação.

3.3 DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DA CARGA PROBATÓRIA

A fim de evitar essa situação de provas diabólicas, a doutrina buscou relativizar a distribuição probatória chiovendiana, permitindo que, em específicos casos, a carga probatória fosse distribuída de maneira diversa, tal qual a já mencionada previsão de inversão do ônus da prova nas relações de consumo.

Tal distribuição diversa do ônus probatório decorre de uma hermenêutica constitucional que impõe que o processo busque atingir a justiça (acesso à justiça) e persiga a todo tempo a paridade de armas entre os litigantes.[226]

Com a pretensão de solucionar essa problemática, surgiu a teoria dinâmica dos ônus probatórios [227], amplamente divulgada pelo jurista argentino JORGE WALTER PEYRANO.

A ideia básica desta teoria é a facilidade da produção probatória, isto é, aquele que estiver em melhores condições de produzir a prova deverá suportar o ônus.[228]

Vale mencionar que esta teoria se aproxima daquela formulada por JEREMY BENTHAM, que sustenta que o ônus probatório deveria ser imposto, em cada caso concreto, àquela parte que pudesse produzir a prova com menores inconvenientes.[229]

Porém, para BENTHAM o ônus dinâmico seria regra geral, enquanto PEYRANO prega se tratar de regra excepcional e subsidiária. Por isso se trata de flexibilização da teoria estática do ônus da prova, uma vez que esta continua sendo a regra, e a teoria dinâmica somente será utilizada quando a prova seja impossível, ou extremamente difícil, para uma das partes, diante do caso concreto.

A utilização da teoria do ônus probatório dinâmico já vinha sendo defendida pela doutrina pátria e aplicada pela jurisprudência em alguns casos específicos, uma vez que

[225] MARINONI, Luiz Guilherme. *Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto*. Revista de Doutrina da 4ª Região. Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região – EMAGIS. Ed. 10, 2006.

[226] GUILHERME, Thiago Azevedo. *Regras de distribuição do ônus da prova e de efetivação do acesso à justiça.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed. 2011, p. 143.

[227] Que possui também outras denominações, conforme menciona a jurista argentina INÉS LÉPORI WHITE: "Por lo común, tanto em la doctrina como en la jurisprudencia, la toeria de las cargas probatorias dinámicas ha recebido las siguientes denominaciones: carga dinâmica de la prueba, carga de prueba compartilhada, cargas probatorias dinámicas, doctrina de la prueba compartida, prueba compartida" (WHITE, Inés Lépori. *Cargas probatorias dinámias.* In: PEYRANO, Jorge W. *Cargas probatorias dinámicas.* Santa Fé: Rubinzal – Culzoni, 2008, p. 69).

[228] GODINHO, Robson Renault. *A distribuição do Ônus da prova e a Constituição. In:* ASSUMPÇÃO, Daniel Amorim (coord.). *Provas: aspectos atuais do direito probatório*. São Paulo: Método, 2009, p. 306.

[229] BENTHAM, Jeremy. *Tratado de las pruebas judiciales.* Trad. da obra *Traité des preuves judiciaires* por Manuel Ossorio Florit. Buenos Aires: EJEA, 1971, v. II.

se mostra compatível com o modelo processual brasileiro, já que deriva de princípios constitucionais[230], tais como:

a) princípio da igualdade: previsto no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal e no artigo 139, inciso I, do Novo Código de Processo Civil[231], que determina que haja igualdade de tratamento entre as partes litigantes (paridade real de armas);

b) princípio da lealdade, boa-fé e veracidade: elencados nos artigos 77 e seguintes, e 139, inciso III, todos do Novo Código de Processo Civil[232], uma vez que o nosso sistema processual não admite que uma das partes tenha ação ou omissão ardilosa em prejuízo da parte contrária, bem como exige a busca pela verdade fática, punindo atos atentatórios à dignidade da Justiça;

c) princípio da solidariedade (ou cooperação) com órgão judicial: estatuído nos artigos 378, 385, 386 [233], e 396, todos do novel Diploma Processual. Todos os participantes do processo têm o dever de colaborar com a descoberta da verdade, colaborando com o magistrado;

d) princípio do devido processo legal (due process of law): esculpido no artigo 5º, inciso XIV, da Carta da República. Preceitua que o devido processo é aquele em que há resultados justos, que só podem ocorrer com o encontro da verdade;

e) princípio do acesso à justiça (artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal): que assegura a todos uma tutela jurisdicional justa e efetiva.

Não obstante a compatibilidade da dinamização do ônus da prova com o sistema processual, o Código de Processo Civil de 2015 acabou por adotar expressamente essa teoria ao estatuir no §1º do artigo 373 que: "nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso[...]".

A elogiada inovação do Código de Processo Civil de 2015 previu a possibilidade de estender os mesmos benefícios atribuídos aos sujeitos de uma relação de consumo, àqueles que integram outros vínculos cuja posição de um dos litigantes seja superior à do adversário, obstando o direito à prova.[234]

4. DA EXCEPCIONALIDADE DA DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO

[230] DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Op. cit.*, p. 98-99.
[231] Artigo 125, inciso I, do Código de Processo Civil de 1973.
[232] Artigo 14 e seguintes e 125, inciso III, todos do Código de Processo Civil de 1973.
[233] Artigos 339, 340, 342, 345 e 355, todos do Código de Processo Civil de 1973.
[234] CAMBI, Eduardo. *Prova – nova dinâmica da distribuição do ônus.* Belo Horizonte: Fórum. 2011, p. 677.

Embora tenha surgindo a necessidade de uma alternativa ao sistema estático de distribuição do ônus probatório, não se pode dinamizar o ônus da prova sem que estejam presentes pressupostos materiais e processuais, sob pena de grave afronta à ordem jurídica.

ALEXANDRE FREITAS CÂMARA pondera que a dinamização do ônus probatório se trata de "[...] sistema excepcional, que só pode funcionar onde a regra geral opera mal, [...] só se justifica a invocação da teoria quando a parte a quem inicialmente cabia o encargo probatório não tiver como atende-lo".[235]

No mesmo sentido, LUIZ EDUARDO BOAVENTURA PACÍFICO assevera que "a repartição dinâmica do ônus da prova consubstancia solução excepcional e subsidiária, que encontra espaço apenas e tão somente se as regras gerais de distribuição do *onus probandi* conduzirem o caso a um desfecho manifestamente injusto".[236]

E, por arremate, o professor NELSON NERY também adverte que se trata de exceção à regra, e, por isso, não comporta interpretação ampliativa e deve ser aplicada com redobrada cautela".[237]

Com efeito, somente é possível a aplicação da dinamização nos casos em que se mostre imprescindível para a consecução de uma tutela jurisdicional justa e efetiva do direito material, o que se afere em função das condicionantes de sua aplicação.[238]

É possível sintetizar as condicionantes na perspectiva material e processual.[239]

Como primeira condicionante material para que se dê a dinamização do ônus probatório está a inadequação da distribuição estática preconizada por CHIOVENDA para resolver o caso em análise, ou seja, se a prova do fato constitutivo do direito for diabólica ao autor[240], neste caso, deverá haver a dinamização do ônus da prova.

Ademais, materialmente, deve-se verificar se a outra parte, incialmente desincumbida do ônus probatório, encontra-se em posição privilegiada para produzir a prova, ou seja, a aplicação da doutrina em exame pressupõe uma situação de desigualdade.[241]

Observe-se, porém, que não se poderá dinamizar a distribuição do ônus da prova se à outra parte, em princípio desincumbida do encargo, a produção da prova lhe seja

[235] *Op. cit.*, p. 14-15.
[236] *Op. cit.*, p. 226.
[237] NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 997.
[238] PEYRANO, Jorge W. *Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas.* In PEYRANO, Jorge W. *Cargas probatorias dinámicas.* Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 21.
[239] MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 143-144.
[240] DANILO KNIJNIK, ainda ao tempo do Código de Processo Civil de 1973, já alertava que "o ônus dinâmico não pode ser aplicado para simplesmente compensa a inércia ou a inatividade do litigante incialmente onerado, mas única e tão somente para evitar a formação da 'probatio diabolica'" *in* (KNIJNIK, Danilo. *As (perigosíssimas) doutrinas do "ônus dinâmico da prova" e da "situação de senso comum" como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a* probatio diabolica. In FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Processo e Constituição – Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira.* Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2006, p. 947).
[241] BARBEIRO, Sergio José. *Cargas probatorias dinámicas: que se debe proba rel que no puede probar?* In PEYRANO, Jorge W. *Cargas probatorias dinámicas.* Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 105.

impossível ou excessivamente difícil, conforme estabelece o §2º do artigo 373 do Novo Diploma Processual, a fim de se evitar a chamada *probatio diabolica* reversa.[242-243]

Outrossim, segundo alerta ROBSON GODINHO, se a distribuição do ônus da prova se der de uma forma que seja impossível que o interessado se desincumba desse encargo, em última análise, ocorrerá a negativa do próprio acesso à justiça.[244]

E o jurista EDUARDO COUTURE é ainda mais enfático defendendo que a lei que torna impossível a prova é tão inconstitucional quanto a que impossibilita a defesa.[245]

Existem outros dois pressupostos de ordem processual, quais sejam, a motivação da decisão que dinamizar o ônus da prova, e a oportunidade da parte inicialmente desincumbida de produzir a provar, como se vê na parte final do §1º do artigo 373 do CPC/2015: "desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído".

Vale dizer, para aplicação da dinamização do ônus probatório é imprescindível que seja feita mediante decisão devidamente fundamentada, e que seja feita antes do julgamento da questão, abrindo-se oportunidade para que a parte que passou a sofrer ônus da prova pela dinamização possa se desincumbir de tal encargo.

Inclusive, o ilustre professor YARSHELL observa que se mostra mais coerente com as prerrogativas do devido processo legal o entendimento de que as normas sobre o ônus da prova devem ser determinadas de antemão e independentemente da situação processual concreta, destacando que a distribuição do ônus da prova pela lei é fator de segurança jurídica.[246]

No entanto, o processualista argentino defende que a dinamização do ônus da prova se trata de regra de julgamento, e deve ser analisada somente no momento da sentença, uma vez que as partes já teriam prévia ciência da mera possibilidade de dinamização do ônus probatório, e que o ônus da prova somente seria aplicado quando o julgador não pudesse valorar a prova, o que só ocorre no momento do julgamento.[247]

Mas, repise-se que o Novo Código Processual brasileiro exige que a distribuição dinâmica do ônus da prova seja realizada mediante prévia e fundamentada decisão, de modo a oportunizar à parte, sobre a qual passe a recair o encargo, que dele possa se desincumbir. Caso a necessidade de se dinamizar o ônus da prova seja constatada apenas quando do julgamento da questão, será o caso de remeter o processo novamente à fase instrutória e garantir a possibilidade da parte se desincumbir do ônus que lhe foi imposto,

[242] KNIJNIK, Danilo. *Op. cit.*, p. 948.
[243] WILLIAM SANTOS FERREIRA utiliza a expressão "vedação de *probatio diabolica* por dinamização" (FERREIRA, William Santos. In WAMBIER, Teesa Arruda Alvim; DIDIER JR, Fredie; TALAMINI, Eduardo. DANTAS, Bruno (coord.). *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1008.
[244] GODINHO, Robson Renault. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo código de processo civil.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 190.
[245] COUTURE, Eduardo. *Estudios de derecho procesal civil*. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 2003, p. 48.
[246] *Op. cit.*, p. 86.
[247] PEYRANO, Jorge W. *La doctrina de las cargas probatorias dinámicas y la maquina de impedir em matéria jurídica.* In PEYRANO, Jorge W. *Cargas probatorias dinámicas.* Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 88-92.

sob pena de ofensa ao princípio do contraditório e do direito fundamental à prova.[248]

A teoria em questão ainda radica fundamentação nos deveres de lealdade e colaboração das partes, vale dizer, no dever das partes de se conduzirem com lealdade, probidade e boa-fé no processo, além do dever de cooperação com o órgão jurisdicional para se investigar como os fatos ocorreram para que se possa atingir uma sentença justa.[249]

Ademais, o professor PUOLI enuncia como requisito para aplicação da teoria da distribuição dinâmica que, em nome de uma *litigância responsável*, não se admita que a aplicação da norma em análise se preste a permitir que o autor da demanda se sinta dispensado de apresentar alegações minimamente verossímeis.[250]

Por fim, oportuno mencionar a crítica do catedrático NELSON NERY JUNIOR à adoção da distribuição dinâmica do ônus da prova pelo sistema processual pátrio. O professor pontua ser essa distribuição excepcional prescindível no direito brasileiro, diante da previsão da inversão do ônus da prova na relação de consumo (por exemplo, artigo 6º, VIII, e 38, do Código de Defesa do Consumidor).[251]

E continua afirmando que o desenvolvimento desta teoria no direito argentino se justifica pelo fato de no país latino-americano não haver regra geral de distribuição do ônus da prova nem de inversão do ônus, como ocorre na nossa lei consumerista. E conclui que se trata de verdadeira exceção à regra, uma vez que, em pouco mais de vinte anos do surgimento desta teoria na Argentina, houve a aplicação do ônus dinâmico em apenas poucos casos, especialmente em erro médico e alimentos.[252]

Desta forma, conclui-se que, embora louvável a teoria de dinamização do ônus da prova, só poderá ser aplicada mediante o preenchimento de pressupostos bem delimitados e de forma excepcional, sob pena de se macular a segurança jurídica.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Novo Código de Processo Civil manteve a distribuição tradicional do ônus da prova, em que ao autor compete a prova dos fatos constitutivos de seu direito, enquanto ao réu incumbe a prova dos fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do autor. Apenas de forma excepcional, autorizou o magistrado a dinamizar a carga probatória, a fim de se evitar situações iníquas.

A teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova deriva, então, da concessão moderna de processo colaborativo, ajustado pelo princípio da colaboração ou da solidariedade, uma vez que defende que o encargo probatório deva recair sobre a parte com melhores condições de produzir a prova.

---

[248] KNIJNIK, Danilo. *Op. cit.*, p. 947.
[249] AIRASCA, Ivana Maria. *Reflexiones sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas.* In PEYRANO, Jorge W. *Cargas probatorias dinámicas.* Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 141.
[250] PUOLI, José Carlos Baptista. *O ônus da prova e sua distribuição dinâmica do no novo Código de Processo Civil.* In *O novo Código de Processo Civil: questões controvertidas.* Vários autores. São Paulo: Atlas, 2015, p. 239.
[251] *Op. cit.*, p. 997.
[252] *Idem, ibidem.*

Viu-se que a aplicação da teoria de cargas probatórias dinâmicas é capaz resolver o problema de situações específicas de dificuldade probatória, mas, em contrapartida, seu emprego indiscriminado é capaz de gerar grave insegurança jurídica, o que também não se pretende.

Diante disso, com acerto, a doutrina pátria tem estipulado pressupostos para dinamização do ônus probatório, sendo de extrema importância o cuidado do legislador ao estipular que a aplicação desta teoria somente será possível mediante decisão fundamentada e prévia, isto é, oportunizando à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

BIBLIOGRAFIA

AIRASCA, Ivana Maria. *Reflexiones sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas.* In PEYRANO, Jorge W. *Cargas probatorias dinámicas.* Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004.

ARRUDA ALVIM, José Manoel de. *Manual de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: RT, 1997

BARBEIRO, Sergio José. *Cargas probatorias dinámicas: que se debe proba rel que no puede probar?* In PEYRANO, Jorge W. *Cargas probatorias dinámicas.* Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004.

BARBOSA MOREIRA,José Carlos. *As presunções e a prova.* In *Temas de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 75.

_____. *Julgamento e ônus da prova.* Temas de direito processual,2ª série. São Paulo: Saraiva, 1980.

_____. *O juiz e a prova*. Revista de Processo nº 35, 1984. São Paulo: Revista dos Tribunais.

BENTHAM, Jeremy. *Tratado de las pruebas judiciales.* Trad. da obra *Traité des preuves judiciaires* por Manuel Ossorio Florit. Buenos Aires: EJEA, 1971, v. I e II.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Doenças preexistentes e ônus da prova: o problema da prova diabólica e uma possível solução.* In *Revista dialética de Direito Processual.* São Paulo: Dialética, n. 31, 2005.

CAMBI, Eduardo. *A prova Civil: admissibilidade e relevância.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Prova – nova dinâmica da distribuição do ônus.* Belo Horizonte: Fórum. 2011.

CARBONE, Carlos Alberto. *Cargas probatorias dinámicas: una mirada al Derecho Comparado y novedosa ampliación de su campo de acción,* in *Cargas probatorias dinámicas*. p. 197-228.

Coord. Jorge W. Peyrano. 1. ed. 1. reimp. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008.

CARNEIRO, Paulo Cézar Pinheiro. *Acesso à justiça.* Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CARPES, Artur. *Ônus dinâmico da prova*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de direito do consumidor.* 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil.* Trad. da 2. ed. Italiana por J. Guimarães Menegale. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969. v. 2.

COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile,* 2. ed. Bologna: Il Mulino, 1995.

CONTELLI, Everson A. ; COSTA, Ilton Garcia . Teoria da Ação de Direito Material no Processo Penal e a Proteção Eficiente da Vítima. In: Ilton Garcia da Costa. (Org.). *Direito e Justiça: Aspectos Atuais e Problemáticos.* 1ed.Curitiba: Juruá, 2015, v. 1, p. 301-320.

COUTURE, Eduardo. *Estudios de derecho procesal civil*. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 2003.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 2, 6ª edição. Salvador: JusPODIVM, 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituição de direito processual civil,* vol. II,6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil,* vol. III, 6. ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Instrumentalidade do Processo.*15. ed. São Paulo: Malheiros: 2013.

FERREIRA, William Santos. In WAMBIER, Teesa Arruda Alvim; DIDIER JR, Fredie; TALAMINI, Eduardo. DANTAS, Bruno (coord.). *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015

GODINHO, Robson Renault. *A distribuição do Ônus da prova e a Constituição. In:* ASSUMPÇÃO, Daniel Amorim (coord.). *Provas: aspectos atuais do direito probatório*. São Paulo: Método, 2009

_____. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo código de processo civil.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro)* in *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*, coords. Flávio Luiz Yarshell e Maruício Zanoide de Moraes, São Paulo: DPJ, 2005.

GUILHERME, Thiago Azevedo. *Regras de distribuição do ônus da prova e de efetivação do*

acesso à justiça. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed. 2011.

KNIJNIK, Danilo. *As (perigosíssimas) doutrinas do "ônus dinâmico da prova" e da "situação de senso comum" como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a* probatio diabolica. In FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Processo e Constituição – Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira.* Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2006.

LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2002.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Garantia do tratamento paritário das partes.* In CRUZ E TUCCI, José Rogério (coord.). *Garantias Constitucionais do processo civil.* São Paulo: RT, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*, 2. ed. Rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto.* Revista de Doutrina da 4ª Região. Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região – EMAGIS. Ed. 10, 2006.

MICHELI, Gian Antonio. *Curso de derecho procesal civil.* Traducción Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Europa-América, 1970, v. 2.

_____. *L'onere dela prova.* 2. ed. Padova: Cedam, 1966

_____. *La carga de la prueba*. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Bogotá: Temis, 2004.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PEYRANO, Jorge W. *Informe sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas*. *RePro.* Vol. 217, 2013.

_____. *La doctrina de las cargas probatorias dinámicas y la maquina de impedir em matéria jurídica.* In PEYRANO, Jorge W. *Cargas probatorias dinámicas.* Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2008.

_____. *Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas.* In PEYRANO, Jorge W. *Cargas probatorias dinámicas.* Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004.

PUOLI, José Carlos Baptista. *O ônus da prova e sua distribuição dinâmica do no novo Código de Processo Civil.* In *O novo Código de Processo Civil: questões controvertidas.* Vários autores. São Paulo: Atlas, 2015.

RODRIGUES, Daniel Colnago; MONTEIRO NETO, João Pereira. *Reflexões sobre a distribuição dinâmica do ônus probatório.* In: DIDIER JR., Fredie (coord.). *Processo de conhecimento – Provas.* Salvador: JusPODIVM, 2015.

ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba.* Tradução espanhola, por Ernesto Krotoschin, da obra original intitulada *Die Beweislast*. 3. ed. C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München und Berlin, 1951. Buenos Aires: EJEA, 1956.

SANTOS, Welder Queiroz dos. *O ônus da prova no CPC de 2015: da teoria estativa de Giuseppe Chiovenda à teoria dinâmica de Jorge Wagner Peyrano. In O Novo Código de Processo Civil Brasileiro 0 Estudos dirigidos: Sistematização e procedimentos.* Coordenação Thereza Arruda Alvim [*et.al.*], Rito de Janeiro: Forense, 2015

SOUZA, Gelson Amaro de. *Curso de Direito Processual Civil*, 2ª edição. Presidente Prudente: Data Juris Editora, 1998.

TEPSICH, María Belén. *Cargas probatorias dinámicas,* in *Cargas probatorias dinámicas,* p. 35-73.Coord. Jorge W. Peyrano. 1. ed. 1. reimp. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008.

WHITE, Inés Lépori. *Cargas probatorias dinámias.* in*Cargas probatorias dinámicas*. Coord. Jorge W. Peyrano. 1. ed. 1. reimp. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova.* São Paulo: Malheiros, 2009.

CAPÍTULO XIV

DO PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA EM RELAÇÃO AO ESTATUTO DO IDOSO: CONSIDERAÇÕES SOBRE O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL COM A FINALIDADE DE INCLUSÃO SOCIAL EM NOME DA SEGURANÇA JURÍDICA

Nayara Maria Silvério da Costa Dallefi[253]
Rosa Maria Silvério da Costa Dallefi[254]

RESUMO: O presente trabalho tem por escopo de pesquisa estudar sobre o acesso à justiça em relação ao Estatuto do Idoso e as considerações sobre o tema diante o Código de Processo Civil de 2015, como forma de inclusão social e de segurança jurídica. Os problemas advindos das desigualdades sociais, no Brasil são um tema de suma importância e de grande preocupação. Falar em acesso à justiça é um assunto inesgotável, principalmente quando tratar de classes específicas, como no caso em tela, pretende-se abordar sobre o acesso à justiça, para aquelas pessoas carentes e de idade avançada, que muito precisa de prioridade processual. Os obstáculos verificados no presente trabalho são tanto econômico, como social e cultural. Outro fator determinante é a falta de comunicação e informação dos direitos que essa categoria possui, e em virtude deste desconhecimento ficam à margem da sociedade deixando de fazer *jus* aos preceitos legais. Para ser efetivo o acesso à justiça pelo idoso é preciso discutirem os meios facilitadores e mitigarem os problemas relacionados com o tema em questão, pautando-se, inclusive, com a repercussão do Novo Código de Processo Civil. A metodologia utilizada no presente estudo foi a histórico-bibliográfica, valendo-se de legislações, jurisprudências, revistas especializadas, doutrinas e artigos, com ênfase no método hipotético dedutivo,

[253] Mestre em Direito, no Programa de Estudo Pós Graduado em Direito, do Centro Universitário Eurípedes de Marília – UNIVEM (2016), Pós-graduada na área do Direito pela Universidade Estadual de Londrina-UEL (2012); Bacharel em Direito pelas Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, em Presidente Prudente-SP (2009). Atualmente é advogada militante e professora universitária na FAPEPE de Presidente Prudente-SP. Professora de Pós Graduação da Infoc – Instituto Nacional de Formação Continuada. Tem experiência na área do Direito, com ênfase em Direito Civil, Direito Previdenciário e Processual Civil. Coordenadora da Comissão da Assistência Judiciária de Presidente Prudente-SP (3º mandato), Membra da Comissão da Mulher Advogada e do Jovem Advogado, também na cidade de Presidente Prudente-SP. E-mail: naydallefi@hotmail.com / nayaradallefi@adv.oabsp.org.br .

[254]Possui graduação em Ciências - Licenciatura de 1º grau pela Universidade do Oeste Paulista (1980). Foi funcionária da Divisão Regional Agrícola na cidade de Presidente Prudente-SP (1978-1986). Foi professora municipal na alfabetização de adultos (1985-1986).Foi funcionária pública do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo-SP, na função de escrevente (1986-2011). Atualmente é graduanda em Direito na Faculdade do Oeste Paulista.

para o fim de verificar os meios facilitadores do acesso à justiça para com as pessoas idosas, e a importância da inserção sobre o assunto em âmbito do novo ordenamento processual, como forma de também garantir o princípio da segurança jurídica.

Palavras-chaves: Acesso à Justiça. Estatuto do Idoso. Segurança Jurídica. Inclusão Social. Novo Código de Processo Civil.

ABSTRACT: This work has the search scope study on access to justice in relation to the Elderly and the considerations on the subject before the Civil Procedure Code of 2015, as a means of social inclusion and legal certainty. The problems arising from the social inequalities in Brazil are a subject of great importance and of great concern. Speaking of access to justice is an inexhaustible subject, especially when dealing with specific classes, as in the case in question is intended to address on access to justice for those needy and elderly people, who very precise procedural priority. Obstacles verified in this work are as much economic as social and cultural. Another factor is the lack of communication and information rights that category, and because of this ignorance are the margins of society failing to live up to the legal requirements. To be effective access to justice for the elderly is necessary to discuss the facilitators means and mitigate the problems related to the topic in question, basing themselves, even with the impact of the new Civil Procedure Code. The methodology used in this study was the historical literature, drawing on legislation, case law, journals, doctrines and articles, with emphasis on the hypothetical deductive method, for the purpose of checking the facilitators means of access to justice to people elderly, and the importance of including on the subject under the new procedural law, in order to also guarantee the principle of legal certainty.

Keywords: Access to Justice. Elderly Statute.Legal Security.Social inclusion.New Civil Procedure Code .

1.Introdução; 2. Do princípio do Acesso à Justiça; 3. Estatuto do Idoso; 4. Considerações sobre o Estatuto do Idoso no Novo Código de Processo Civil com a finalidade de inclusão social em nome da segurança jurídica; 5. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

A expressão acesso à justiça é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar finalidades básicas do sistema jurídico, o sistema pelas quais as pessoas podem reivindicar seus direitos e ou resolver seus litígios sob as promessas do Estado. Representa o direito que abre as portas para poder caminhar e garantir os outros direitos previstos.

Quando falamos em acesso à justiça, significa dizer que é uma busca interminável para as demandas sociais menos favorecidas rompam o formalismo em busca de seus Direitos e que estes, sejam efetivamente cumpridos.

Justamente sobre esse motivo, será tratado no presente trabalho os obstáculos e possíveis meios de facilitação para o acesso à justiça para as classes menos favorecidas, a partir de uma pesquisa histórico-bibliográfica, valendo-se do método dedutivo, abordando principalmente os importantes reflexos pautados no Novo Código de Processo Civil.

O direito ao acesso à justiça é o direito de se defender de forma igual, seja em relação ao direito material e principalmente em relação ao direito processual, é devido a todos os cidadãos, pois estamos diante de um direito fundamental tutelado pela própria Carta Magna vigente de 1988.

Entre todos os direitos garantidos aos cidadãos é certo que o acesso à justiça figura como principal. O acesso à justiça representa o direito que abre as portas para poder caminhar e garantir os outros direitos previstos.

A garantia do acesso à justiça e a efetiva prestação jurisdicional, ainda não se concretizou nos moldes necessário. Tamanha importância do tema, que até mesmo pela sociologia é defendido nos dizeres de Mendes, que a sociologia judiciária elenca três obstáculos para o efetivo acesso à justiça: econômicos, social e cultural.

É apontado pela doutrina que os obstáculos de natureza econômica como o acesso à justiça, não são negado apenas em virtude do problema das morosidades. Há alto custo para manter um processo. Os cidadãos mais pobres são quem mais sofre com esse ônus. Um processo gera gastos de diversas naturezas, seja em virtude dos altos valores cobrados pelos advogados, ou mesmo, em virtude de pagamento de custas.

Os obstáculos de natureza social e cultural. São flagrantes que as pessoas que possuem maior grau de instrução são as que acionam o Estado. Ao passo que as pessoas mais pobres sentem-se intimidadas pelos ambientes sempre formais do poder judiciário, além, de se sentirem envergonhadas a postularem direitos individuais e/ou coletivos e difusos.

A falta de informação para com a parcela da população menos privilegiada acaba levando ao afastamento do acesso à justiça. Ao tratar de informações, deve ser principalmente processual, oferecendo a todos os jurisdicionados o direito e ciência de como entrar com uma demanda judicial e dos atos judiciais relacionados aos seus pedidos.

O Poder Judiciário precisa passar por uma verdadeira reforma, não podemos ignorar que o Estado não tem sido capaz de cumprir executar os preceitos contidos na Constituição Federal.A constituição Federal de 1988, no artigo 5º declara que: "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Desta feita, a garantia do acesso à justiça em relação ao idoso, conforme preleciona o Estatuto do Idoso, é uma garantia não só de inclusão social, mas do princípio da segurança jurídica, garantias estas de cunho constitucional. Todos devem ser tratados de mesma maneira, sendo imune de discriminações, sejam elas de natureza social, econômica ou ética. Desta feita, o Estatuto do Idoso, é uma forma de efetivar a inclusão do Idoso, sendo enfatizado o assunto no ordenamento processual civil, garantindo também o princípio da segurança jurídica.

2. DO PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA

O acesso à justiça deve estar presente em nosso Estado, que preconiza como ideologia a de Estado Democrático de Direito, em decorrência das grandes lutas históricas vivenciadas principalmente na década de 1980, almejando a segurança jurídica e o bem de toda sociedade, principalmente daqueles excluídos, seja em decorrência de fatores econômicos, sociais e culturais.

Essa busca de igualdade de todos por seus direitos, deve ser de forma incessante, principalmente em relação aos mais necessitados, o que se pretende demonstrar no presente capítulo, ao tratar primeiramente do conceito e conseguinte dos obstáculos, meios facilitadores e da criação da Defensoria Pública, como forma de assegurar a concretização da realização da justiça, até mesmo em nome da segurança jurídica, tendo em vista que a segurança é condição de existência do próprio direito.

Portanto, é necessário sim, o enaltecimento de órgãos que visam à concretização do acesso à justiça e proporcionam um Estado mais seguro, pois sem que assim o seja, não há quiçá de falar-se em direito. É de suma importância superar os obstáculos com meios facilitadores, dentre os quais o que será tratado no presente estudo, qual seja a Defensoria Pública, para o fim de realizar a inclusão daqueles menos favorecidos em nossa sociedade.

O princípio do acesso à justiça é também relacionado, podendo até mesmo confundir-se com o princípio da inafastabilidade da jurisdição, com previsão no artigo 5º inciso XXXV da Carta Magna de 1988, com o escopo de proteger todos aqueles que precisam da prestação jurisdicional para o fim de ter seus direitos garantidos e efetivados.

Definição do termo acesso à justiça para Cappelleti e Bryant Garth (1988, p.08):

> A Expressão "O Acesso à justiça" é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direito e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.

Trata do conceito do presente princípio que tem grande repercussão no cenário atual brasileiro e diante da gama de necessidades relacionadas aos direitos fundamentais verifica-se a grande relação do tema com as conquistas advindas das normas de direitos humanos.

Ao tratar do acesso à justiça, necessário também relacionar com a assistência judiciária gratuita, lei nº 1.060 de 1950, e diante o Código Processual Civil de 2015, os artigos 95 e seguintes[255], que garantem a gratuidade a todos aqueles que nela se enquadrar para o fim de eximir de eventuais custas processuais decorrentes da demanda judicial.

[255]Art. 98. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei.§ 1º A gratuidade da justiça compreende:I - as taxas ou as custas judiciais;II - os selos postais;III - as despesas com publicação na imprensa oficial,dispensando-se a publicação em outros meios;IV - a indenização devida à testemunha que, quando empregada, receberá do empregador salário integral, como se em serviço estivesse;V - as despesas com a realização de exame de código genético - DNA e de outros exames considerados essenciais;VI - os honorários do advogado e do perito e a remuneração do intérprete ou do tradutor nomeado para apresentação de versão em português de documento redigido em língua estrangeira;VII - o custo com a elaboração de memória de cálculo, quando exigida para instauração da execução;VIII - os depósitos previstos em lei para interposição de recurso, para propositura de ação e para a prática de outros atos processuais inerentes ao exercício da ampla defesa e do contraditório;IX - os emolumentos devidos a notários ou registradores em decorrência da prática de registro, averbação ou qualquer outro ato notarial necessário à efetivação de decisão judicial ou à continuidade de processo judicial no qual o benefício tenha sido concedido.§ 2º A concessão de gratuidade não afasta a responsabilidade do beneficiário pelas despesas processuais e pelos honorários advocatícios decorrentes de sua sucumbência.§ 3º Vencido o beneficiário, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos 5 (cinco) anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.§ 4º A concessão de gratuidade não afasta o dever de o beneficiário pagar, ao final, as multas processuais que lhe sejam impostas.§ 5º A gratuidade poderá ser concedida em relação a algum ou a todos os atos processuais, ou consistir na redução percentual de despesas processuais que o beneficiário tiver de adiantar no curso do procedimento.§ 6º Conforme o caso, o juiz poderá conceder direito ao parcelamento de despesas processuais que o beneficiário tiver de adiantar no curso do procedimento.§ 7º Aplica-se o disposto no art. 95, §§ 3º a 5º, ao custeio dos emolumentos previstos no § 1º, inciso IX, do presente artigo, observada a tabela e as condições da lei estadual ou distrital respectiva.§ 8º Na hipótese do § 1º, inciso IX,

Esse tratamento normativo torna efetiva a inserção das classes pouco favorecidas no processo, com tratamento isonômico, seja requerente ou requerido da demanda em questão, fazendo *jus* aos direitos fundamentais. Tratando-se de direitos fundamentais, e conceituando o tema, Cappelletti e Bryant (1988, p. 12), traz o seguinte conceito abaixo:

> O Acesso à justiça pode, portando ser, portando, ser encarado como requisito fundamental, o mais básico dos Direitos Humanos, de um sistema jurídico moderno igualitário que pretenda garantir e não apenas proclamar os direitos de todos.

A busca pela garantia do acesso à justiça advém desde sempre, com ênfase principalmente com o surgimento dos Estados liberais, porque à política deste tipo de Estado e a liberdade do sistema *laissez-faire* acabou por afastar do judiciário àqueles com poucos recursos e também conhecidos como a classe mais pobre.

A garantia ao acesso à justiça são os direitos humanos e apontam como principais obstáculos: econômico, social e cultural. A falta de informação para com a parcela da população menos privilegiado, acaba levando ao afastamento do acesso à justiça.

Acesso à justiça é acesso à ordem jurídica justa, sempre foi buscado para solução de conflitos, mas, muitas vezes, não sendo adquirido por aqueles com menos condições financeiras e informações para recorrer a máquina Estatal nos seus direitos.

Nesse contexto, o autor Batista, (2010, p.63), conclui:

---

havendo dúvida fundada quanto ao preenchimento atual dos pressupostos para a concessão de gratuidade, o notário ou registrador, após praticar o ato, pode requerer, ao juízo competente para decidir questões notariais ou registrais, a revogação total ou parcial do benefício ou a sua substituição pelo parcelamento de que trata o § 6º deste artigo, caso em que o beneficiário será citado para, em 15 (quinze) dias, manifestar-se sobre esse requerimento.Art. 99. O pedido de gratuidade da justiça pode ser formulado na petição inicial, na contestação, na petição para ingresso de terceiro no processo ou em recurso.§ 1º Se superveniente à primeira manifestação da parte na instância, o pedido poderá ser formulado por petição simples, nos autos do próprio processo, e não suspenderá seu curso.§ 2º O juiz somente poderá indeferir o pedido se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade, devendo, antes de indeferir o pedido, determinar à parte a comprovação do preenchimento dos referidos pressupostos.§ 3º Presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural.§ 4º A assistência do requerente por advogado particular não impede a concessão de gratuidade da justiça.§ 5º Na hipótese do § 4º, o recurso que verse exclusivamente sobre valor de honorários de sucumbência fixados em favor do advogado de beneficiário estará sujeito a preparo, salvo se o próprio advogado demonstrar que tem direito à gratuidade.§ 6º O direito à gratuidade da justiça é pessoal, não se estendendo a litisconsorte ou a sucessor do beneficiário, salvo requerimento e deferimento expressos.§ 7º Requerida a concessão de gratuidade da justiça em recurso, o recorrente estará dispensado de comprovar o recolhimento do preparo, incumbindo ao relator, neste caso, apreciar o requerimento e, se indeferi-lo, fixar prazo para realização do recolhimento. (BRASIL. Lei 13.105 de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 13 de jul. 2016).

> No entanto, o acesso à justiça tem se revelado carente no sistema jurídico brasileiro. Se sopesar o texto constitucional em consonância com a realidade processual em tela, pode-se concluir que existem vários obstáculos que se antepõem ao diligente pleito dos direitos oferecidos pelo Estado de Direito que são a morosidade processual, a pobreza e o desconhecimento do direito. Porém esses obstáculos não são taxativos, serão propostos somente porque, à luz deste trabalho, têm uma importância valorativa.

No artigo 5º da Constituição Federal declara que: "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade".

Isto significa que todos devem ser tratados da maneira isonômica, sem quaisquer discriminações, social, econômica ou ética. Ponto de grande valor,inclusive na defesa dos direitos humanos.

O acesso à justiça visa analisar e procurar os caminhos para superar as dificuldades ou obstáculos que tornam inacessíveis para tanta gente as liberdades civis e política.

Quando falamos em acesso à justiça, significa dizer que é uma busca indeterminável para as demandas sociais menos favorecidas romperem o formalismo em busca de seus direitos e que estes, sejam efetivamente cumpridos, tornando-o como requisito fundamental.

Entre todos os direitos e garantidos aos cidadãos, é certo que o acesso à justiça figura como principal. O acesso à justiça representa o direito que abra as portas para poder caminhar e garantir os outros direitos previstos.

Tanto neste sentido Neme e Moreira (2011, p. 21-22):

> A garantia de acesso à justiça gera mera expectativa de solução judicial de uma controvérsia. Sob essa perspectiva, realizar justiça é mudar a realidade social. A boa administração da justiça enfrenta inúmeros problemas que, por exemplo: formalismo processual exacerbado, lentidão na entrega da prestação jurisdicional, alto custo processual, número insuficiente de Juízes, de funcionários, ausência de critério objetivo para controle de produtividade, melhor gerenciamento dos recursos materiais e humanos.

Importante mencionar que não basta a gratuidade processual, é necessário igualdade processual, relacionado a parte técnica do processo para que realmente seja concretizado o acesso à justiça. É necessária uma tutela real e efetiva na realidade do processo e na aplicação do direito material, conforme bem asseverado Neme e Moreira (2011, p. 22), vejamos:

> É certo que, o cidadão não mais se satisfaz com o mero acesso á Justiça (perspectiva, expectativa). A sociedade, o jurisdicionado, espera por uma tutela jurisdicional efetiva, real, que lhe assegure uma adequada e concreta prestação jurisdicional, com a alteração da realidade social, a implicar em uma verdadeira mudança de paradigma do objetivo do processo, que deve se preocupar com a concretização da realidade fática, com a efetiva realização do direito material e máxima aplicação dos direitos fundamentais, oportunidade em que o processo e o judiciário cumprirão, integralmente, a sua função de pacificação social. Um processo efetivo, real, leva à segurança e à eficácia do mesmo e, nesse contexto, a pacificação social é atingida.

Diante da realidade, no sistema jurídico-processual brasileiro é preciso também levar em conta a falta de condições materiais para arcar com os custos que impõe uma demanda judicial.

Essa é, na maioria dos casos, o grande problema da população, considerado um dos obstáculos do acesso à justiça Em que pese à garantia constitucional do acesso à justiça, são inúmeros obstáculos, que no presente capítulo serão tratados os principais.Dos obstáculos encontrados sobre o tema o principal é a barreira econômica, acrescido de questões culturais, geográficas e até mesmo a morosidade processual, conformeensina Neme e Moreira (2011, p. 22):

> A morosidade é um problema que afeta a solução jurisdicional dos conflitos. Não se deve defender a celeridade processual, em detrimento da qualidade da prestação jurisdicional. O ideal é a celeridade com qualidade e adequada prestação jurisdicional. Em 13 de abril de 2009, os poderes do Executivo, Legislativo e Judiciário, nas pessoas de seus detentores, celebraram o I*I Pacto Republicano de Estado por um sistema de justiça mais acessível, ágil e efetivo,* buscando o aprimoramento da prestação jurisdicional, tendo como instrumentos principais a efetividade do princípio constitucional da razoável duração do processo e a prevenção de conflitos, sendo que, se as providencias preconizadas forem realmente implantadas, teremos um passo importante na direção da máxima efetivação dos direito fundamentais.

Nesse sentido, também considera Cappelletti e Bryant (1988, p. 15):

> Embora o acesso efetivo à justiça venha sendo crescentemente aceito como direito social básico nas modernas sociedades, o conceito de "efetividade" é, por si só, algo vago. A efetividade perfeita, no contexto de um dado direito substantivo, poderia ser expressa como a completa" igualdade de armas" – a garantia de que a conclusão final depende apenas dos méritos jurídicos relativos das partes antagônicas, sem relação com diferenças que sejam estranhas ao Direito e que, no entanto, afetam a afirmação e reivindicação dos direitos. Essa perfeita igualdade, naturalmente, é utópica. As diferenças entre partes não podem jamais ser completamente erradicadas. A questão é saber até onde avançar na direção do objetivo utópico e a que custo. Em outras palavras,

> quantos dos obstáculos ao acesso efetivo à justiça podem ser atacados? A identificação desses obstáculos, consequentemente, é a primeira tarefa a ser cumprida.

Considera-se também que, os altos custos são outra barreira, desde taxas judiciais, honorários advocatícios, a sucumbência, laudos, que como solução parcial, motivo pelo qual essa garantia é prevista com algumas inovações no Novo Código Processual Civil.

Ademais, a sociologia judiciária aponta três importantes obstáculos, quais sejam: o econômico, social e cultural. A garantia do acesso à justiça e a efetiva prestação jurisdicional, ainda não se concretizou nos moldes necessário. A atuação do Poder Judiciário tem a sua razão de ser na sociedade, não podendo mais se afastar dela.

Os cidadãos mais pobres são os que mais sofrem com o ônus em virtude dos gastos processuais em diversos aspectos, em contrapartida as pessoas melhores sucedidas financeiramente superam esta questão podendo contratar profissionais específicos, que muitas vezes as disparidades na ordem processual geram um obstáculo ao menos favorecido, indo contra o princípio da isonomia e o tratamento paritário.

Bem observa sobre referido obstáculo e Bryant Garth (1988, p. 21):

> Pessoas ou organizações que possuam recursos financeiros consideráveis a serem utilizados têm vantagens óbvias ao propor ou defender demandas. Em primeiro lugar, elas podem pagar para litigar. Podem, além disso, suportar as delongas do litígio. Cada uma dessas capacidades, em mãos de uma única das partes, pode ser uma arma poderosa; a ameaça de litígio torna-se tanto plausível quanto efetiva. De modo similar, uma das partes pode ser capaz de fazer gastos maiores que a outra e, como resultado, apresentar seus argumentos de maneira mais eficiente. Julgadores passivos, apesar de suas outras e mais admiráveis características, exacerbam claramente esse problema, por deixarem às partes a tarefa de obter e apresentar as provas, desenvolver e discutir a causa.

Os obstáculos econômicos são os que afastam as pessoas ao Acesso à Justiça, pois acabam por não pleitearem suas pretensões. Por esta razão, os meios presentes como gratuidade no âmbito processual oferece maior inclusão social dentro do processo assim como garante não só o acesso à justiça, mas o princípio da segurança, principalmente quando a parte hipossuficiente pode ter igualdade técnica no decorrer do tramite processual.

Ademais, deve analisar os obstáculos de natureza social e cultural, vemos a desigualdade que pode afastar o cidadão de teracesso à justiça, pois os cidadãos com poucas condições financeiras têm mais dificuldades deserem reconhecidos os seus direitos, não buscando quando necessário, tornando um problema social para a ordem

jurídica, o que torna necessário além do exposto acima no que diz respeito aos aspectos econômicos, é preciso políticas públicas para levar o acesso à informação as pessoas mais necessitadas ter ciência de seus direitos e garantias.

Não obstante sejam visíveis e profundas as desigualdades que evidenciam as disparidades da concentração de renda no Brasil, quanto menor o poder aquisitivo do cidadão, menor o seu conhecimento acerca de seus direitos e menor a sua capacidade de identificar um direito violado e passível de reparação judicial e maior são obstáculos encontrados para efetivar o princípio do acesso à justiça, o que torna necessário buscar meios facilitadores, como pretende a seguir.

A doutrina aponta três possíveis soluções práticas como forma de solucionar os obstáculos do acesso à justiça e consequentemente tornando-os como meios facilitadores sendo: assistência judiciária, representação jurídica para interesses e o enfoque de acesso à justiça (CAPELLETI e GARTH, 1988, p. 31).

A questão da assistência judiciária, como já mencionado no item anteriores, é um meio facilitador, com lei infraconstitucional desde 1950, com nova disposição nos termos do Código de Processo Civil de 2015, proporcionando as classes menos favorecidas o acesso ao Poder Judiciário.

É necessário informar que inicialmente, a assistência judiciária era analisada como uma advocacia voluntária, ou seja, como uma caridade, sendo necessária toda a reestruturação do Estado para arcar com os profissionais inscritos em convênios, tivessem a remuneração, sob o óbvio argumento que o trabalho gratuito não seria desenvolvido por advogados, pois todos devem ser remunerados labor e garantir o pagamento das despesas para manutenção no mercado de trabalho.

O segundo meio facilitador é a questão da representação dos interesses difusos, atualmente muito bem resolvido, pois é função assídua do Ministério Público e das Defensorias Públicas no país, buscando-se diariamente a efetivação dos direitos da coletividade, sejam eles de ordem inalienáveis e indispensáveis aos indivíduos de ordem fundamental.

Sobre o tema, discorre Feijó (2013, p. 30-31) que: “o direito constitucional de acessibilidade é, antes de tudo, materialização do direito constitucional de igualdade. O mesmo deve ser total e atingir à todos cidadãos”.

Seguindo sobre o tema, ainda tem-se um terceiro meio facilitador, conhecido como a representação em juízo, onde oferece a possibilidades acrescidas das outras duas

hipóteses, a representação processual de forma igualitária, na busca pelo consenso. Importante destacar que há alguns meios passíveis de soluções de conflitos, bastante relevantes para o tema, sendo elas a conciliação judicial, arbitragem e mediação.Sobre o tema, contribuição brilhantemente Bezerra (2001, p.55-56):

> Portanto, a solução dos conflitos deveriam ser resolvidos extrajudicialmente, sem que, com isso, se falasse em retorno da vingança privada ou exercício arbitrário dos próprios direitos. O próprio ordenamento jurídico brasileiro já contempla várias hipóteses que aqui se enquadra a saber; a) oposição e mesmo a resistência contra as imposições resultantes da lei, que permitem resistir contra ordens ou exigências ilegais, ou não fundadas na lei, quer provenham de autoridade pública ou particular. A garantia constitucional que ninguém é obrigado fazer ou deixar de fazer alguma coisa sem em virtude da lei; b)a legítima defesa pelo o titular de seus bens e direitos; c) atos de defesa inerentes ao exercício regular de Direitos; d) atos praticados em Estado de Necessidade; e) desforço imediato para repelir turbação ou o esbulho da posse, são meios de proteção de direitos, por atos positivos ou negativos, diretos ou indiretos, exercido por seus titulares e permitidos pela lei e estas vias não se confundem com a coerção praticada por meios administrativo ou judicial, repressivas das sanções ou combinações".

Nesse diapasão, também considera Cappelletti e Bryant (1988, p. 47):

> Medida muito importante foi adotada nos últimos anos para melhor os sistemas de assistência judiciária. Como consequência , as barreiras ao acesso à Justiça começaram a ceder . Os pobres estão obtendo assistência judiciária em números cada vez maiores, não apenas para causas de famílias ou defesa criminal, mas também para reivindicar seus direitos novos, não tradicionais, seja como autores ou como réus. É de esperar que atuais experiências sirvam para eliminar essas barreiras.

Em relação à conciliação judicial, é de suma importância, principalmente com o Novo Código de Processo Civil, onde prevê a possibilidade de conciliar será preconizado como primeiro contato do juiz com as partes. A mediação, também será bastante utilizada com o novo código, proporcionado que um terceiro, irá conduzir as partes no intuito de compor a paz, mesmo que seja em mais de uma sessão.Já a arbitragem, pauta na hipótese da escolha de um terceiro imparcial, muito vista em relações contratuais internacionais, onde haverá uma sentença arbitral e caso não for cumprida, servirá como título para ser executado judicialmente.

Denota-se que são bastantes os meios facilitadores, preocupação esta inclusive do legislador do Novo Código de Processo Civil, abordar algumas delas, em busca de melhor efetivação processual e concretização do acesso à justiça.

3. ESTATUTO DO IDOSO

O Estatuto do Idoso tem o objetivo de facilitar ao Acesso à Justiça. A população brasileira está aumentando sua expectativa de vida e o número de pessoas idosas. Isso decorre da melhora ao progresso da medicina, alimentação, qualidade de vida. Com o crescimento dos idosos a Política Nacional de Pessoa Idoso, a busca garantir atenção adequada e digna para a população idosa brasileira.

Devido a esses aumentos da população idosa, com a finalidade de garantir os direitos e deveres foi criado o Estatuto do Idoso, para garantir proteção nas seguintes áreas: saúde, violência e abandono, transportes públicos, lazer, cultura e trabalho. Essa finalidade vem reconhecida com o advento da Lei nº 10.741 de 1º de outubro de 2003, que garante inúmeros direitos aos idosos, sendo severamente penalizados àqueles que desrespeitarem o os direitos estabelecidos, ressaltando-se o abandono de uma pessoa idosa.

Em prol da efetivação e proteção dos idosos, o Estatuto de 2003, já no seu título I, descreve em seu artigo 1º quem são as pessoas abrangidas na condição de idoso "*as pessoas com idade igual ou superior a sessenta anos*". Nessa toada, também garante os direitos fundamentais aos idosos, no artigo 2º, tendo em vista que são direitos inerentes a toda e qualquer pessoa humana, garantindo a essa classe de pessoas meios facilitadores para a "*preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade*".

A busca da proteção em relação às pessoas idosas, tem relação direta com a concretização dos direitos fundamentais, conquistados pelos povos, pelas lutas e guerras. Sobre o assunto, ensina Moraes (2003, p.39):

> [...] o conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano, que tem por finalidade básica o respeito à sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana, pode ser definido como direitos humanos fundamentais.

A aplicação dos direitos fundamentais, ainda define Moraes (2005, p.4):

> O conflito entre direitos e bens constitucionalmente protegidos resulta do fato de a Constituição proteger certos bens jurídicos (saúde pública, segurança, liberdade de imprensa, integridade territorial, defesa nacional, família, idoso, índios, etc.), que podem vir a encontrar-se numa relação do conflito ou colisão.

Ainda conceitua o mesmo autor na mesma obra sobre os direitos do ser humano e sua finalidade:

> O conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal, e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana pode ser como direitos humanos fundamentais (2005, p. 21).

Os direitos fundamentais foram conquistados ao longo tempo da história da humanidade, modificado com tempo de acordo com as necessidades e interesses do homem, para o fim de proteger classes específicas, abrangendo a todos as pessoas, sejam elas idosas, crianças, mulheres, deficientes etc.Essas modificações são relacionadas intimamente com as teorias – também conhecidas como gerações - de direitos humanos.

Perlustrando sobre o tema a Constituição Federal de 1988 é conhecida como constituição garantista e já no seu Título II trata-se sobre direitos e garantias fundamentais, dividido em cinco capítulos:Direitos individuais e coletivos; direitos sociais, nacionalidade; direitos políticos e partidos políticos.

Sobre direitos fundamentais, também conhecidos como de direitos humanos, há três fases/ gerações, que em fase cronológica são: primeira geração para os direitos de liberdade; segunda geração para os direitos de igualdade e terceira geração para os direitos de fraternidade, conforme abaixo segue:

> Os "direitos de primeira geração" são os direitos civis e políticos (individuais), implicando um dever de não fazer por parte do Estado, realçando o princípio da liberdade. Já os "direitos de segunda geração" são os direitos econômicos e sociais, fundados no princípio da igualdade. Estes possuem um alcance positivo que se constitui em uma obrigação de fazer para o Estado. Aqui se inclui o amparo a velhice. Os "direitos de terceira geração" são os direitos metaindivinduais, coletivos ou difusos (princípio da solidariedade). Tais direitos protegem uma categoria ou grupo de pessoas e não o indivíduo em si. (ESTATUTO DO IDOSO COMENTADO, 2006, p.14).

O Estatuto do Idoso tem relação direta com as normas de direitos humanos, tendo em vista que o intuito das gerações de direitos humanos é proteger o cidadão, seja de forma individual ou coletiva, sendo divido em gerações, dentre as quais a segunda geração é a que melhor se adequa ao amparo a velhice.

Nesse diapasão, a Carta Magna de 1988, além da previsão de igualdade no artigo 5º, em seu artigo 230 busca enaltecer o princípio da dignidade da pessoa humana com o fim de oferecer o bem estar as pessoas idosas:"*A família, a sociedade e o Estado tem o*

dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida".

Sobre o assunto, voltando a proteção do idoso, ensina Lenza (2009, p. 873):

> O envelhecimento é um direito personalíssimo e a sua proteção, um direito social, sendo obrigação do Estado garantir à pessoa idosa a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam um envelhecimento saudável e em condições de dignidade.

Em consonância com o acima exposto, o artigo 8º do estatuto em questão afirma que o *"envelhecimento é um direito personalíssimo e a sua proteção um direito social, nos termos desta lei e da legislação vigente"*.Portanto, o Estatuto do Idoso tem como finalidade visar à proteção das pessoas com idade superior a 60 anos, contra qualquer tipo de violência, evitando qualquer ato negligente, de qualquer tipo de discriminação, de violência física ou moral, ato de crueldade e opressão, maus tratos, remetendo as punições legais estabelecidas na lei penal vigente.

Importante mencionar que a Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), antes mesmo da instituição do Estatuto do Idoso, já buscava resguardar em casos de miserabilidade, por intermédio da lei nº 8.742/93, com alterações dada pela lei nº 12.435/2011, que acaba confundindo o nome do benefício com a própria abreviação da lei.

A referida lei acima, em seu artigo 1º já estabelece sobre a assistência social, ditando ser um direito do cidadão e mais, um dever do Estado, incluindo nesta hipótese a defesa daquelas pessoas idosas de baixa renda sem condições para prover sua subsistência mínima. O critério para auferir tal benefício está expresso no art. 20[256], desde que

[256]Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família. § 1º Para os efeitos do disposto no **caput**, a família é composta pelo requerente, o cônjuge ou companheiro, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto. § 2º Para efeito de concessão do benefício de prestação continuada, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. § 3º Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo. § 4º O benefício de que trata este artigo não pode ser acumulado pelo beneficiário com qualquer outro no âmbito da seguridade social ou de outro regime, salvo os da assistência médica e da pensão especial de natureza indenizatória. § 5º A condição de acolhimento em instituições de longa permanência não prejudica o direito do idoso ou da pessoa com deficiência ao benefício de prestação continuada. § 6º A concessão do benefício ficará sujeita à avaliação da deficiência e do grau de impedimento de que trata o § 2º, composta por avaliação médica e avaliação social realizadas por médicos peritos e por assistentes sociais do Instituto Nacional de Seguro Social - INSS. § 7º Na hipótese de não existirem serviços no município de residência do beneficiário, fica assegurado, na forma prevista em

preenchidos os critérios, lembrando ainda que esses critérios estão sendo analisados de forma flexíveis pelo Judiciário, em busca de uma maior inclusão social, conforme disposto em doutrina de Amado (2016, p.48):

> A questão foi parcialmente levada ao STF através da ADI 1232, julgada em 27.08.1998, tendo o STF validado abstratamente o critério de ¼ de salário mínimo, pois a Constituição Federal delegou ao legislador infraconstitucional a competência para fixar os critérios de concessão do benefício. Conquanto a Suprema Corte tenha pronunciado a constitucionalidade do referido critério objetivo, não houve manifestação expressa sobre a possibilidade da utilização de outros critérios, sendo um tema ainda pendente de julgamento final no STF. A questão foi finalmente decidida pela Suprema Corte no julgamento dos recursos Extraordinários 567.985 e 580.963, julgados conjuntamente em 17 e 18 de abril de 2013. Por maioria de votos, o STF pronunciou a inconstitucionalidade material incidental do parágrafo 3º do art. 20, da lei 8.742/93, que prevê o critério legal da renda per capita familiar inferior a ¼ do salário mínimo, para a caracterização da miserabilidade. De acordo com o STF verificou-se um processo de inconstitucionalização do critério legal da renda per capita menor que ¼ do salário mínimo, que havia sido fixado há 20 anos (1993), especialmente pela adoção superveniente de outros critérios mais favoráveis aos necessitados em leis assistenciais posteriores, como no programa Bolsa Família.

Percorrendo sobre o assunto, o mesmo autor (2016, p.50) ainda enfatiza o posicionamento do STJ, demonstrando a flexibilidade para não seguir o critério de ¼ como taxativo:

> No julgamento do AgReg. No Recurso Especial 94.6253, de 16.10.2008, decidiu a Corte Superior que "o preceito contido no artigo 20, §3º, da lei nº8.742/93 não é o único critério válido para comprovar a condição de miserabilidade. A renda familiar per capita a ¼ do salário mínimo deve ser considerada como um limite mínimo, um quantum objetivamente considerado insuficiente a subsistência do portador de deficiência e do idoso, o que não impede que o julgador faça um uso de outros fatores, que tenham o condão de comprovar a condição de miserabilidade do autor". O mesmo entendimento foi adotado pela Corte Superior no julgamento AGA 1.164.582, de 26.10.2010 e no AgReg. No AResp 379.927, de 15.10.2013.

regulamento, o seu encaminhamento ao município mais próximo que contar com tal estrutura. § 8º A renda familiar mensal a que se refere o § 3º deverá ser declarada pelo requerente ou seu representante legal, sujeitando-se aos demais procedimentos previstos no regulamento para o deferimento do pedido. § 9º Os rendimentos decorrentes de estágio supervisionado e de aprendizagem não serão computados para os fins de cálculo da renda familiar **per capita** a que se refere o § 3º deste artigo. § 10. Considera-se impedimento de longo prazo, para os fins do § 2º deste artigo, aquele que produza efeitos pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos. § 11. Para concessão do benefício de que trata o **caput** deste artigo, poderão ser utilizados outros elementos probatórios da condição de miserabilidade do grupo familiar e da situação de vulnerabilidade, conforme regulamento. (BRASIL, Lei nº8742 de 07 de dezembro de 1993. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8742.htm>>. Acesso em 13 de jul. de 2016).

Verifica-se que deve ser analisado de forma flexível o critério adotado pela Lei Orgânica da Assistência Social, possibilitando a inclusão social do idoso e deficiente, que não tem o mínimo para prover seu próprio sustento para sobreviver.

Ainda sobre o assunto os artigos 33 e 34 do Estatuto do Idoso pontuam sobre a observância da Lei Orgânica da Assistência Social, vejamos:

> Art. 33. A assistência social aos idosos será prestada, de forma articuladora, conforme os princípios e diretrizes na Lei Orgânicada Assistência Social, na Política Nacional do Idoso, no Sistema único de Saúde e demais normas pertinentes.
> Art. 34. Aos idosos, a partir de 65 (sessenta e cinco) anos, que não possuam meios para prover a sua subsistência, nem de tê-lo provida por sua família, é assegurado o benefício mensal de 1 (um) salário mínimo, nos termos da Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS .

Portanto, não só o Estatuto do Idoso, mas Lei Orgânica da Assistência Socialbuscam realizar a inclusão social ao Idoso, garantindo não só o acesso à justiça diante as negativas de seus direitos, mas também a efetivação do princípio da segurança jurídica quando efetivado seus direitos em consonância ao preconizado na lei pátria.

4. CONSIDERAÇÃOES SOBRE O ESTATUTO DO IDOSO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL COM A FINALIDADE DE INSCLUSÃO SOCIAL EM NOME DA SEGURANÇA JURÍDICA.

O Novo Código Processual Civil buscou garantir o princípio da segurança jurídica em relação ao idoso ao trazer previsão da palavra "idosa" no artigo 53, estabelecendo sobre a competência do lugar para a propositura da ação no inciso III, alínea "e", que estabelece: *"de residência do idoso, para a causa que verse sobre direito previsto no respectivo estatuto".*

Como podemos analisar, um grande avanço houve no novo ordenamento, quando versar situações relacionadas ao Estatuto do Idoso, terá competência específica, de forma taxativa, devendo ser a localidade da residência da pessoa idosa.

Importante frisar que o Código Processual de 2015, em seu artigo 1048[257], em respeito ao ordenamento anterior, também trata sobre a prioridade da tramitação processual, para as pessoas Idosas, decorrente do Estatuto do Idoso.

[257]Art. 1.048. Terão prioridade de tramitação em qualquer juízo ou tribunal os procedimentos judiciais:
I – em que figure como parte ou interessado pessoa com idade igual ou superior a sessenta anos ou portadora de doença grave, assim compreendida qualquer das enumeradas no art. 6.º, inciso XIV, da Lei n.º 7.713, de 22 de dezembro de 1988[4]; II – regulados pela Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990[5]. § 1.º A pessoa

Desta feita, o novo Código Processual tem cunho para facilitar o acesso à justiça das pessoas que se enquadram no Estatuto do Idoso, enaltecendo a efetivação dos direitos fundamentais, proporcionando maior inclusão social. Nesse mesmo sentido, pontua Oliveira e Brito (2011, p.343), ao também dissertar sobre o acesso à justiça:

> Logo, há necessidade de analisarmos as mutações do ordenamento jurídico através do método interdisciplinar, tarefa que não se revela fácil, mas que traduz o caminho a ser palmilhado pelo jurista preocupado com o confinamento teórico e científico do Direito. Trata-se de uma visão de processo como instrumento de efetivação dos direitos fundamentais à luz do dever de proteção do Estado, cuja existência de procedimentos adequados à tutela dos direitos traduz o reflexo da tomada de consciência de que os direitos precisam ser tutelados na forma específica, pois a Constituição Federal, fundada na dignidade humana, não só garante uma série de direitos não patrimoniais, como afirma expressamente, o direito ao acesso à justiça. Em fim, aspira-se uma realidade normativa permeada de ações fáticas que traduzam um processo voltado mais para o "ser" que para o "ter". Tais ações somente serão materializadas após uma profunda reforma ideológica dos operadores do direito [...].

Além das inovações presentes nos últimos anos no ordenamento processual civil é preciso uma reflexão sobre as questões voltadas ao idoso, com processos voltados a concretização de seus direitos, tendo em vista que o Estatuto do Idoso, a Lei Orgânica da Assistência Social, a presença de mudanças no código processual civil, só terão validade se aplicados voltados ao princípio do acesso à justiça, principalmente ao acesso ao processo justo, para a classe dos idosos, promovendo a inclusão social e garantindo o princípio da segurança jurídica[258].

No presente estudo foi analisado o princípio do Acesso à justiça, principalmente a um acesso a um processo justo juntamente com o Estatuto do Idoso. Isto porque o presente ordenamento foi uma inovação a esta classe que cresce a cada dia e tão discriminada ainda é por muitos da sociedade, que se esquece que a idade é condição normal da vida humana.

interessada na obtenção do benefício, juntando prova de sua condição, deverá requerê-lo à autoridade judiciária competente para decidir o feito, que determinará ao cartório do juízo as providências a serem cumpridas. § 2.º Deferida a prioridade, os autos receberão identificação própria que evidencie o regime de tramitação prioritária.§ 3.º Concedida a prioridade, essa não cessará com a morte do beneficiado, estendendo-se em favor do cônjuge supérstite ou companheiro em união estável. § 4.º A tramitação prioritária independe de deferimento pelo órgão jurisdicional e deverá ser imediatamente concedida diante da prova da condição de beneficiário. (BRASIL. Lei 13.105 de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 13 de jul. 2016).

[258]Ávila (2011, p.64) afirma que "A segurança jurídica também é um elemento objetivo do ordenamento jurídico. Ela é um meio de atingir o bem de todos. Quando há um elevado grau de insegurança, o indivíduo evita ações que estimulam a integração. Com isso, a cooperação social é reprimida. A segurança jurídica é, igualmente, um meio de garantir a dignidade da pessoa humana".

No Brasil é crescente as situações que envolvem Idosos e sua proteção aumentou com o Estatuto, sendo um grande avanço em pleno século XXI. Isto porque referido ordenamento tem o intuito de modificar o comportamento de todos da nossa sociedade, para o fim de proporcionar mais oportunidades e facilidades as pessoas idosas. Sobre o assunto, ensina Vale e Costa, em artigo científico sobre Acesso à Justiça para o Idoso:

> É uma lei que ingressa no ordenamento jurídico nacional com o intuito de dividir o comportamento e tratamento dos cidadãos, agentes públicos e particulares em relação aos idosos. A Lei explicita as regras programáticas constantes no art. 230 da Constituição, dispondo, nos termos do art. 2º, que deve ser assegurado aos idosos "todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade"; o art. 3º explicita a quem incumbe garantir com absoluta prioridade, referidos deveres: à família, à comunidade, à sociedade e ao Poder Público. Em seu Título V, a Lei introduz o seguinte assunto: "Do acesso à justiça", que visa facilitar ao idoso acesso ao Poder Judiciário, o qual sem dúvidas é um ponto de extrema importância e relevância na vida de todos os cidadãos, principalmente os apontados aqui. Mesmo com o advento da Lei, o idoso brasileiro passa por várias dificuldades, e ainda existe principalmente a discriminação.

Perlustrando em boas ideias, o fator discriminação impede a aplicação do Estatuto do Idoso, afastando dos meios facilitadores, tais como o acesso à justiça e a superação dos obstáculos, tanto econômico, social e cultural, impedindo a inclusão social das pessoas de idade avançada.

Os mesmos autores acima asseveram que além da discriminação, a falta de orientação jurídica também afasta a concretização do acesso à justiça ao idoso, conforme abaixo:

> E um grande problema é o idoso passar por inúmeras dificuldades e impedimentos para exercer seus direitos por meio do processo judicial. A falta de assistência e orientação jurídica e altos custos processuais, já na maioria das vezes, ele é aposentado com apenas um salário mínimo, ou senão pedir ajuda às Defensorias Públicas, que vivem em baixo de uma avalanche de demandas a que são submetidos. A Carta Magna de 1988 em seu art. 230 caput,deixa claro o dever da família, sociedade, bem como do Estado de amparar a pessoa idosa, sob todos os aspectos, visando sua dignidade, bem-estar. Cabe ao Estado propiciar entre outras coisas o acesso a justiça concretamente aos idosos, observa-se que estamos tratando neste caso de cidadãos que já contribuíram e muito para o crescimento e desenvolvimento do Estado, e ainda uma correlação direta com a consagração da dignidade da pessoa humana. Dados ficam comprovados que com essa iniciativa da legislação brasileira reconheceu, assim como a tempos nos países europeus, o envelhecer como um direito social. Algumas disciplinas ampliaram sobremaneira de propositura de algumas ações referentes aos interesses difusos, coletivos e individuais, indisponíveis ou homogêneos, providência que reforçará a defesa do direito do idoso, aumentando assim o campo de atuação do Ministério Público, o qual o Estatuto do Idoso depositou confiança para concretização da tutela dos seus direitos. A ele foi inserido, dentro de suas atribuições, a de zelar para que os Poderes Públicos e Órgãos competentes observarem os dispositivos

> constitucionais de proteção aos idosos, principalmente na em questões coletivas e até difusas, com isso justificando não apenas a intervenção, mas também a iniciativa ministerial. O dever de facilitar a todos, o acesso ao Poder Judiciário e a produção os resultados pretendidos de forma justa, é um dos mais básicos dos direitos humano.

Verifica que outro meio facilitador para a efetividade do Estatuto do Idoso é a presença do Ministério Público para atuar em prol da concretização da tutela dos direitos dos idosos, seja de forma individual ou coletiva, facilitando a busca ao judiciário de forma a proporcionar a justiça e a concretização dos direitos fundamentais, tais como a dignidade da pessoa humana e o acesso à justiça, presente em âmbito constitucional e com uma atuação desta instituição na parte processual.

A figura do Ministério Público está disposta no Estatuto do Idoso, assim como a possibilidade do Poder Público de criar varas especializadas para pessoas que se enquadram no referido Estatuto, também como uma forma de facilitar o acesso à justiça a esta categoria.

No que diz respeito as funções do Ministério Público para facilitar o acesso à justiça dos idosos, são desde medidas protetivas, como fiscalização, principalmente em para cessar a violência contra pessoas idosas, desigualdade social, fiscalizando e buscando a criação de asilos e abrigos para estas pessoas, principalmente para trazer de volta a dignidade humana a estas pessoas que foram sujeitas a maus tratos, violência – física ou psíquica – abandono, enfim, sempre visando a proteção do idoso, com fundamento no artigo 43 do Estatuto:

> Art. 43. As medidas de proteção ao idoso são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta lei forem ameaçados ou violados:
> I – por ação ou omissão da sociedade ou do Estado.
> II – por falta, omissão ou abuso da família, curador ou entidade de atendimento.
> III – e razão de sua condição pessoal.

A repercussão do presente Estatuto, também é aplicada em outros ramos do direito, também no ramo do direito de trabalho trabalhista, podendo valer-se da prioridade de tramitação processual em processos ali propostos[259]. Diante o exposto no presente

[259]Idoso tem direito de pagamento imediato de direitos apurados em processo trabalhista. A decisão é da Seção Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região (São Paulo). Os juízes determinaram que um senhor de 83 anos de idade receba os valores reconhecidos em ação ajuizada há 16 anos e que ainda se arrasta na Justiça do Trabalho. Para o TRT paulista, o novo texto da Constituição Federal, alterado pela Emenda Constitucional 45/04 — Reforma do Judiciário — assegura a todos os cidadãos a razoável duração do processo. "A longevidade do processo (16 anos), a esse ponto, já passa a

trabalho, o Estatuto do Idoso oferece meios facilitadores as pessoas Idosas a inclusão social, influenciando diversos ramos do direito e com a colaboração do Ministério Público para uma maior facilidade de fazer *jus* a todos os direitos estabelecidos no ordenamento jurídico, fazendo assim a concretização do princípio do acesso à justiça, em busca de sanar todos os obstáculos e efetivando os direitos preconizados a todas as pessoas Idosas, para o fim de que possam gozar de uma velhice de forma digna e de acordo com os direitos fundamentais, garantindo sua inclusão social e o princípio da segurança jurídica.

4 CONCLUSÃO

O acesso à justiça e o Estatuto do Idoso, foi abordado no presente trabalho visando apontar os obstáculos ao acesso à justiça e os meios facilitadores advindo com o presente Estatuto, em prol a efetivação dos direitos fundamentais dessa classe específica, com intuito de mostrar que não só o Estatuto do Idoso, mas o ordenamento processual, tendência a proporcionar uma maior inclusão social a esta classe.

Primeiramente foi analisado o princípio do acesso à justiça no Estado Democrático de Direito, para o fim de proporcionar a efetivação dos direitos fundamentais, principalmente os mais excluídos da sociedade, seja em virtude de fatores econômicos, sociais ou culturais. Para tanto, pautou-se no conceito de acesso à justiça, a sua presença na Constituição Federal, assim como na lei da assistência judiciária gratuita e doutrinas que buscam trazer o princípio como o mais básico dos direitos humanos, a exemplo do ensinado por Cappelletti e Bryant.

configurar risco para o Estado", observou a relatora do recurso, juíza Wilma Nogueira de Araújo Vaz da Silva. Por maioria, os juízes autorizaram a liberação imediata dos R$ 106 mil devidos ao trabalhador pela empresa Braskote Revestimentos e Pinturas. A informação é do TRT de São Paulo. O processo começou a tramitar em 1989, quando o ex-empregado da Braskote entrou com ação na 8ª Vara do Trabalho de São Paulo. Ele pedia as verbas não quitadas na rescisão do contrato de trabalho. A primeira instância julgou o pedido parcialmente procedente. A empresa não recorreu e o processo entrou em fase de execução. A Braskote não quitou a dívida e a primeira instância determinou a penhora dos bens. A empresa questionou a penhora em dois recursos para a segunda instância. O leilão do patrimônio não teve resultado. O trabalhador pediu à 8ª Vara do Trabalho o bloqueio de contas bancárias da Braskote e de seus sócios. A primeira instância não autorizou o levantamento do valor, pois a empresa entrou com novo recurso (Embargos à Execução) no TRT paulista. Inconformado, o autor da ação impetrou Mandado de Segurança, pedindo a imediata liberação do dinheiro. A juíza Wilma Nogueira afirmou que "tendo em vista a condição etária especialíssima do exequente (83 anos)", deve ser determinada a liberação imediata do valor, com fundamento no artigo 71 do Estatuto do Idoso. O texto assegura "prioridade na tramitação dos processos e [259]procedimentos e na execução dos atos e diligências judiciais em que figure como parte ou interveniente pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, em qualquer instância".

Posteriormente foi apresentado cada um dos possíveis obstáculos para a concretização do princípio constitucional do acesso à justiça, tais como aos voltados os aspectos econômicos, e ao acesso a um processo justo de forma gratuita, como também a necessidade de mais informações as pessoas mais carentes.

Apontados os possíveis obstáculos, também se verificou os meios facilitadores para a garantia do acesso à justiça, a começar por meios que sanem esses obstáculos apontados, como assistência judiciária, como forma de garantir o princípio da segurança jurídica e maior inclusão social as pessoas idosas.

È necessário aumentar ainda muitas políticas públicas para a proteção do Idoso e a efetivação do princípio do acesso à justiça, entretanto, já é verificado outros ordenamentos que buscam esta proteção, como a Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), que auxilia a efetivação do Estatuto do Idoso, e o Novo Código de Processo Civil, que traz pontuações relevantes em relação ao tema.

A importância do Estatuto do Idoso tem relação direta e precípua de devolver a dignidade da pessoa humana para aqueles idosos que foram lesados, seja por qual motivo for.

Portanto, pode se concluir com o presente estudo que a figura do idoso deve ser analisada com maior atenção na sociedade brasileira e o único meio atual que pode efetivamente tutelar pelos os fundamentais dos idosos, após a Carta Magna de 1988, é o Estatuto do Idoso, que abre porta a outros ramos do direito, proporcionando inclusão social e maior atenção a essas pessoas muitas vezes são discriminadas e excluídas da sociedade e que tanto respeito merecem ter.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMADO, F.. Direito Previdenciário. Editora Juspodivm. Bahia, 2016

ÁVILA, H.. **Segurança Jurídica – entre a permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. São Paulo: Editora Malheiros, 2011.

BATISTA, K. R.- **Acesso à Justiça**. Instrumentos Viabilizadores. 1. ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2010.

BRASIL, Lei nº8742 de 07 de dezembro de 1993. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8742.htm>>. Acesso em 13 de jul. de 2016

BRASIL. Lei 13.105 de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 13 de jul. 2016

BEZERRA, P. C. S. **Acesso à Justiça. Um Problema Ético-Social no Plano da Realização do Direito**. Ed. Renovar, Rio de Janeiro. São Paulo, 2001.

CAPPELLETTI. M. GARTH. B. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

FEIJÓ, A. R. A. **As Leis do Orçamento como Instrumento Técnico - Financeiros de Controle para Efetivação de Políticas Públicas de Acessibilidade**. Belo Horizonte: Arraes Editora, 2013.

LENZA, P**.Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo. Ed.Saraiva, 2009.

MORAES, A. **Direitos Humanos Fundamentais. Teoria Geral. Comentários aos arts. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil**. Doutrina e Jurisprudências. 5ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

MORAES, A. **Direitos Humanos Fundamentais.** São Paulo **.**Ed. Atlas. 2005.

MORAES, S. R. M. **Princípios Institucionais da Defensoria Pública**. Ed. Revista dos Tribunais, 1995.

MORAES, G. B. P. **Assistência Jurídica Defensoria Pública.** Rio de Janeiro: LumenJuris, 1997.

NEME, E. F. MOREIRA. J.C.D. **O Acesso à Justiça como Instrumento de Efetivação de Direitos Fundamentais: Possibilidades do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos do Homem**. In: Argumenta Revista Jurídica. Número 14. Jacarezinho: Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, 2011.

OLIVERA, F.L. BRITO. J.D. **O Acesso à Justiça e Inclusão Social.** In: Argumenta Revista Jurídica. Número 15. Jacarezinho: Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, 2011.

PINHEIRO, N.M. **Estatuto do Idoso Comentado.** Campinas. São Paulo. LNZ, 2006.

THEODORO, J. H. **As Reformas do Direito Processual Civil e o Princípio Constitucional da Segurança Jurídica.** In: O Processo na Constituição – coordenadores Ives Granda da Silva Martins e Eduardo Jobim . São Paulo: Editora QuartierLatin do Brasil, 2008.

CUNHA, V.N.A.V.**Juíza Manda pagar Direitos Apurados em Ação que já Dura 16 anos.**Disponível em:http://www.conjur.com.br/2005-set-1/juiza_manda_pagar_direitos_acao_dura_16_anos. Acesso em 25 abr.2016. Acesso em : 25 abr. 2016.

DANI; L.L.P. **Situação de Miserabilidade - Renda Per Capita e Concessão de Amparo Assistencial** . Disponível em: http://www.conjur.com.br/2010-nov-17/beneficio-idoso-ignorado-calculo-renda-per-capita. Acesso em: 28 abr. 2016

MENDES, J. R. C. **As Dificuldades do Acesso à Justiça**. Disponível em: http//www.conteudojuridico.com.br/artigo,as dificuldade-do-acesso-a-justiça, 35305.html. Acesso em: 11 mar. 2015.

SCRIBONI, M. **Voto de Marceneiro para o Filho do Marceneiro.** Disponível http/www.conjur.com.br/2011-JUN-24/desembargador –deixa-formalidade-lado-vota-marceneiro. Acesso em : 25 abr. 2016

CAPÍTULO XV

INQUÉRITO POLICIAL: PRESIDÊNCIA, FINALIDADES, VALOR PROBATÓRIO E ATUAÇÃO DEFENSIVA

Fernanda Carolina Franck[260]
Henrique Hoffmann Monteiro de Castro[261]

RESUMO: O enfoque do presente trabalho é demonstrar que o inquérito policial se faz essencial para que a persecução penal atinja seu objetivo, tornando-se o mais importante instrumento para obtenção de provas. Para tal demonstração, abordar-se-á pontos específicos do inquérito policial, como, por exemplo, a imprescindibilidade de provas que são produzidas apenas nesta fase. A grande questão a ser discutida nesta oportunidade é a desmistificação de que o inquérito policial colhe meras peças informativas e que elementos probatórios colhidos equivocadamente, nesta fase, não contaminam a ação penal. Para tanto, há de se utilizar o juspositivismo como referencial teórico e o método hipotético-dedutivo para análise do referido tema, fazendo-se o uso de leis positivadas, princípios e jurisprudências, que tornarão possível a demonstração da real importância do inquérito policial. Em tal abordagem, necessário se faz demonstrar a relevância do papel desenvolvido pelo delegado de polícia na condução da investigação policial, sendo que este realiza uma função de natureza jurídica, que é essencial e exclusiva do Estado. Por conseguinte, resta demonstrar que o inquérito policial se torna meio necessário para que os direitos positivados sejam resguardados, evitando-se o início de uma ação penal temerária.

PALAVRAS-CHAVES: Inquérito Policial; Valor Probatório; Investigação Criminal; Delegado de Polícia; Provas.

[260] Pós-graduada em Direito do Estado com ênfase em Direito Constitucional pela Universidade Estadual de Londrina - UEL. Graduada em Turismo pela Faculdade Estadual de Ciências Econômicas de Apucarana - FECEA. Acadêmica do 10º Semestre do Curso de Direito da Faculdade do Norte Novo de Apucarana – FACNOPAR.

[261]Professor da Escola da Magistratura do Paraná, da Escola do Ministério Público do Paraná, da Escola Superior de Polícia Civil do Paraná e da Escola Nacional de Polícia Judiciária. Professor Coordenador do Curso CEI e da Pós-Graduação em Ciências Criminais da FAIPE. Mestrando em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Gama Filho, e em Segurança Pública pela UNIESP. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Colunista do Conjur. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal e da Associação Internacional de Direito Penal. Delegado de Polícia Civil do Paraná. Assessor Jurídico da Federação Nacional dos Delegados de Polícia Civil.

1 INTRODUÇÃO

O inquérito policial é muito mais do que uma mera peça de informação. O primeiro instituto de processo penal, contido no Código de Processo Penal, é o inquérito policial. Referido instrumento representa o início da esmagadora maioria das persecuções penais e se destina à apuração de infrações penais e de sua autoria.

A investigação criminal sempre existirá, seja qual for a nomenclatura que receber. O tema "inquérito policial" é antigo, mas nunca deixou de causar grande discussão, seja na doutrina ou na jurisprudência. Diante desta questão, objetivou-se no presente estudo abordar pontos específicos sobre o determinado instrumento, demonstrando sua real importância para o deslinde de causas penais.

Assim sendo, para chegar ao objetivo almejado, necessário se faz utilizar o referencial teórico do juspositivismo, seja através das normas positivadas. Da mesma forma, será utilizado o método hipotético dedutivo, que serve para identificar problemas, formulando hipóteses com a finalidade de encontrar situações mais justas para a realidade presente.

Ademais, quando se aborda o tema investigação preliminar, impossível dissociar o papel importantíssimo da autoridade policial, qual seja, aquele que conduz a investigação realizada pela polícia judiciária. A autoridade policial, para fins de exercício da policia judiciária, é o delegado de polícia de carreira, conforme previsto no artigo 144, § 4º, da Constituição Federal.

Seguindo tal premissa, torna-se relevante a abordagem sobre a questão das investigações conduzidas pelo delegado de polícia, utilizando-se do inquérito policial como meio de angariar provas, assim como de desmistificar a afirmação de que o inquérito policial colhe apenas peças informativas, sendo este o tema a ser tratado no primeiro capítulo.

No capítulo seguinte, analisar-se-á o inquérito policial como o mais importante instrumento de colheita de provas e a nova modelagem de atuação dos advogados de defesa, de acordo com as inovações legislativas trazidas pela Lei 13.245/2016, demonstrando-se que, mesmo que de forma mais branda, há a incidência do contraditório e da ampla defesa na fase pré-processual da persecução penal.

Por fim, utilizando-se de um caso concreto, tem-se por objetivo a demonstração do quão importante é uma investigação policial bem conduzida pelo delegado de polícia,

porquanto as provas colhidas de forma equivocada durante a fase pré-processual podem ser tidas como provas ilícitas, ou então como uma prova sem nenhuma eficácia, resultando em prejuízos para a sociedade e até para o investigado.

2 CARACTERES DO INQUÉRITO POLICIAL

Dentro de um Estado Democrático de Direito, o inquérito policial se faz um instrumento necessário para a apuração das infrações penais e, consequentemente, um meio que possibilita o correto exercício do direito de punir pertencente ao Estado. A Constituição Federal de 1988 trouxe uma fase para a democracia brasileira que dá uma extrema importância aos direitos fundamentais de cada pessoa, sendo que um dos mais importantes é, sem dúvida, o direito de locomoção do indivíduo, ou seja, sua *liberdade*.

Verifica-se que antes de restringir o direito de ir e vir de uma pessoa, o Estado deve sempre se valer de um processo, pois este é o modo adequado para legitimar uma pena[262]. No entanto, antes do início da fase processual, deve haver uma fase preliminar de investigação, fase esta de extrema importância para a posterior ação penal, pois nesta oportunidade que serão colhidos elementos capazes de provar a materialidade do delito.

No ordenamento jurídico brasileiro, o inquérito policial tramita sob a ótica do sistema inquisitivo, isto é, as atividades persecutórias concentram-se nas mãos de uma única autoridade, a qual pode e deve agir de ofício, buscando esclarecer o crime e a autoria do referido[263]. O que não significa que deve ser levado a efeito sem o devido acatamento aos direitos fundamentais plasmados na Constituição.

Ademais, boa parte da doutrina afirma que, por adotar o sistema retro mencionado, o inquérito policial não possui contraditório e ampla defesa. No entanto, tal afirmação não deve ser encarada de uma forma absoluta, pois, *verbi gratia*, é fato que deve haver o direito de vista dos autos e de documentos pelo advogado do investigado, fazendo-se valer as garantias constitucionais citadas acima[264].

---

[262] SANNINI NETO, Francisco. **Inquérito policial e prisões provisórias.** São Paulo: Ideias & Letras, 2014, p. 19.
[263] CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal.** 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 118.
[264] BORGES, Fernando Afonso Cardoso. **O direito ao contraditório e ampla defesa na fase inquisitória do processo penal.** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7416>. Acesso em: 26 de fevereiro de 2016.

Assim como as mencionadas garantias, diversos outros princípios constitucionais são observados durante a fase de inquérito policial, a exemplo do princípio do devido processo legal, princípio da motivação das decisões, princípio da presunção de inocência, princípio da proporcionalidade, princípio da igualdade (paridade de armas), princípio da dignidade da pessoa humana etc[265].

O inquérito policial não é apenas uma forma preparatória da ação penal, onde se colhe provas para que o autor da ação penal proponha a referida ação:

> Não se trata de mecanismo unidirecional, como quer fazer parecer parte da doutrina ao iluminar apenas função preparatória, de colheita e acautelamento de provas para que o titular da ação penal ingresse em juízo. Além dessa finalidade subsidiária, que nem sempre ocorre (já que as investigações podem levar à reunião de elementos exclusivamente em favor da defesa), existe a missão preservadora, que é a principal, de inibição da instauração de processo penal temerário, resguardando a liberdade do investigado e evitando custos estatais desnecessários.
> Essa garantia do cidadão, no sentido de que não será processado temerariamente nem punido arbitrariamente, é tão latente que foi expressa na exposição de motivos do CPP, ao destacar que o inquérito policial traduz uma salvaguarda contra apressados e errôneos juízos, formados antes que seja possível uma precisa visão de conjunto dos fatos, nas suas circunstâncias objetivas e subjetivas. Pertence ao caderno apuratório, e não à fase intermediária de formulação e recebimento da denúncia, o verdadeiro papel de evitar acusações infundadas[266].

Isto posto, é importante dizer que o inquérito é um meio de afastar dúvidas e, também, um "artifício" que ajuda a Justiça a preservar inocentes de acusações injustas e temerárias, pois o simples ajuizamento de uma ação penal pode se tornar um fardo pesado para uma pessoa de bem[267].

A propositura de uma ação penal jamais pode ser um ato leviano e desprovido de provas, sendo, portanto, o inquérito policial uma peça fundamental para a devida aplicação do direito ao caso concreto.

3 ATRIBUIÇÃO INVESTIGATIVA

[265] SANNINI NETO, Francisco. **Inquérito policial e prisões provisórias.** São Paulo: Ideias & Letras, 2014, p. 41.
[266] CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. **Inquérito policial é indispensável na persecução penal.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-dez-01/inquerito-policial-indispensavel-persecucao-pena>. Acesso em: 25 de fevereiro de 2016.
[267] NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 11 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 97.

Para Mirabete[268], "a Polícia, instrumento da Administração, é uma instituição de direito público, destinada a manter e a recobrar, junto à sociedade e na medida dos recursos de que dispõe, a paz pública ou a segurança individual".

Quando há referência à polícia propriamente dita, lhe são referidas duas funções[269]: para a polícia administrativa, a de ostensão, visando impedir a prática de atos lesivos à sociedade; e para a polícia judiciária a de caráter repressivo, que tem a função de apurar as infrações penais e de auxiliar o Poder Judiciário. A atuação desta última ocorre depois da prática da infração penal e tem por objetivo a colheita de elementos que levem à materialidade e à autoria do delito, cumprindo o que menciona o artigo 4º do CPP, conforme citado anteriormente.

Destarte, cabendo à polícia judiciária a investigação dos fatos que levaram a uma infração penal, constata-se que, salvo algumas exceções, a atribuição de conduzir a investigação criminal - ou seja, a produção de provas - é outorgada aos delegados de polícia de carreira, segundo o que afirma o artigo 144, §§ 1º e 4º, da Constituição Federal de 1988, sendo que a presidência do inquérito policial é exclusiva da autoridade de Polícia Judiciária.

O artigo 4º, parágrafo único, do CPP, deixa claro que a investigação realizada através de inquérito conduzido pelo delegado de polícia não é a única forma de investigação criminal. Capez[270] bem nos lembra que há outras formas de investigação, como, por exemplo, o inquérito realizado pelas autoridades militares para a apuração de infrações de competência da justiça militar, as investigações efetuadas pelas Comissões Parlamentares de Inquérito (CPI), o inquérito civil público, instaurado pelo Ministério Publico, entre outras.

Ademais, polêmicas à parte sobre a ausência de previsão constitucional expressa, há pouco foi julgado o Recurso Extraordinário 593.727 pelo Supremo Tribunal Federal, que reconheceu o poder de investigação de natureza penal do Ministério Público, que deve se dar em um prazo razoável, bem como respeitar os direitos e garantias de qualquer indiciado ou de qualquer pessoa que esteja sob investigação do Estado.

[268] MIRABETE, 2006 *apud* LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 3. ed. rev. atual. eampl. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 112.
[269] LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 3. ed. rev. atual. eampl. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 112.
[270] CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal.** 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 114.

4 VISÃO PANORÂMICA DA LEI 12.830/13

O Congresso Nacional aprovou a Lei 12.830/2013, que narra sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia. Tal lei traz benefícios não apenas para os delegados de polícia, mas sim para a sociedade como um todo. Isso porque quanto mais garantias a autoridade policial tiver, certamente seu trabalho será desenvolvido de forma mais satisfatória, fazendo com que os casos de infrações penais sejam desvendados e penalizados.

O fato é que a Lei 12.830/2013 conferiu grande avanço no campo das prerrogativas. trazendo os princípios do delegado natural e da inamovibilidade, além da independência decisória do delegado para o indiciamento (que deve se basear apenas em livre análise técnico-jurídica do fato).Apesar de tais garantias ainda não estarem positivadas expressamente na Constituição, podendo apenas serem extraídas de uma leitura sistemática, o fato é que já configura algo positivo sua consignação da legislação ordinária.

O princípio do delegado natural exige a observância de regras preestabelecidas para a designação da presidência das investigações, impedindo a livre distribuição de investigações criminais entre membros da carreira e impedindo a retirada arbitrária do Delegado de Polícia das apurações.

O postulado possui amparo legal na lei supracitada, no seguinte dispositivo:

> Art. 2º. § 4º - O inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei em curso somente poderá ser avocado ou redistribuído por superior hierárquico, mediante despacho fundamentado, por motivo de interesse público ou nas hipóteses de inobservância dos procedimentos previstos em regulamento da corporação que prejudique a eficácia da investigação.

Desse princípio, conforme dispõe a mesma lei, decorre a inamovibilidade, colocada no art. 2º. §5º: "A remoção do delegado de polícia dar-se-á somente por ato fundamentado". A doutrina explica:

> A Lei nº 12.830/13 dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo Delegado de Polícia. Dentre os dispositivos legais (...) especial relevo tem o §4º, do seu art. 2º, que suscita a ideia de um princípio do delegado natural, na esteira da noção mais geral de um princípio da autoridade natural (juiz natural, promotor natural e defensor natural).

> (...) Corolário do princípio do delegado natural é a imposição de limites à remoção da autoridade policial, que só poderá ocorrer por ato fundamentado (parágrafo 5º, do artigo 2º, da Lei 12.830/2013).[271]

Sobre o princípio do delegado natural, tem-se que:

> Espera-se da autoridade policial uma atuação imparcial na condução da investigação criminal; não se deve aceitar, no Estado Democrático de Direito, o delegado comprometido, seja pelo indiciamento forçado de determinado suspeito, seja pela desvinculação do culpado em face das provas colhidas. (...) A Lei 12.830/2013 consagra o princípio da imparcialidade do delegado, que não pode ser removido sem justo motivo.[272]

Outrossim, observa-se que a Lei 12.830/2013 menciona em seu artigo 2º que "as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas do Estado".

O artigo supracitado divide as funções de polícia judiciária e de apuração de infrações penais. Esta última é tida como "uma pesquisa que reúne dados de fontes diversas e os organiza objetivando reconstruir de maneira verossímil um fato pretérito definível como infração penal"[273].

Já a função de polícia judiciária, comumente é classificada como todo o apoio e o auxílio que são dispensados para cumprimento das ordens que são emanadas pelo Poder Judiciário, pois de nada adiantaria a existência de um juiz cujas ordens fossem ignoradas[274].

Ademais, o texto do referido artigo deixa claro que o delegado de polícia realiza uma função de natureza jurídica, que é essencial e exclusiva do Estado, ocasião em que o legislador reconhece a importância de tal função e a iguala aos demais cargos existentes no judiciário, seja de juízes, promotores, advogados ou defensores públicos.

É fato que o artigo exposto anteriormente, de certa forma, reitera o que dispõe o artigo 144, § 4º, da atual Constituição Federal[275], citando, também, que as funções de

[271] ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal.** Salvador: JusPodivum, 2015, p. 118.
[272] NUCCI, Guilherme de Souza. **Prática forense penal.** Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 32.
[273] BARCELOS, DANIEL. **Polícia civil: a distinção entre investigação criminal e funções de polícia judiciária**. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=10408>. Acesso em: 26 de fevereiro de 2016.
[274] *Ibidem*.
[275] Artigo 144, § 4º, da Constituição Federal de 1988: "Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares."

polícia judiciária e a apuração de infrações penais devem ser dirigidas por delegados de polícia de carreira.

Portanto, entende-se que cabe às policias civil e federal conduzir as investigações necessárias, colher provas e formar o inquérito, preservando os direitos fundamentais de todos os envolvidos e possivelmente servindo de base para a sustentação de uma possível e futura ação penal[276].

O inquérito policial constrói uma fase anterior à ação penal propriamente dita, atuando como um "filtro". Assim, não se pode desconsiderar tal fase, sobretudo por ser importante para o convencimento do juiz, assim como para a formação da opinião do órgão acusador e para a atuação da defesa. Fica claro, portanto, que o inquérito policial não se destina unicamente à acusação, mas sim ao esclarecimento de fatos apontados como infrações penais e sua respectiva autoria[277].

Assim, nota-se que não há regras indeclináveis para a forma dos atos do inquérito. A preocupação que deve nortear a autoridade policial é a de procurar elementos no sentido de comprovar a materialidade da infração, elucidando a respectiva autoria.

5 VALOR PROBATÓRIO DO INQUÉRITO POLICIAL

Entende-se não ser cabível a afirmação reducionista de que o inquérito policial produz apenas elementos de informação, tornando-se procedimento administrativo dispensável.

A questão da colheita de provas é sempre um assunto muito discutido no ordenamento jurídico brasileiro.

Quando se menciona o papel do inquérito policial neste cenário, essencial se faz salientar que tal procedimento, que possui um incontestável valor probante no que diz respeito à demonstração da existência do fato apurado como criminoso, há de ser utilizado pelo juiz como um dos seus elementos de convicção[278].

[276] NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 98.
[277] ANSELMO, Márcio Adriano. **Inquérito policial é o mais importante instrumento de obtenção de provas.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-ago-04/academia-policia-inquerito-importante-instrumento-obtencao-provas>. Acesso em: 23 de março de 2016.
[278] BARBOSA, Manoel Messias. **Inquérito policial:** doutrina, prática, jurisprudência. 6. ed. ver. e atual. São Paulo: Método, 2008, p. 27.

De acordo com o mesmo autor, convém ter em conta que, sendo a polícia quem mais cedo recebe a notícia do crime, ela é a mais apta para apurá-lo antes que se lhe percam os vestígios. Esse primeiro momento é vital para a propositura e a prosperidade da ação, que se enfraquece na medida em que tardam as primeiras providências.

Assim, é fato que tudo que se apura durante a investigação policial há de ser analisado como matéria útil ao conhecimento da verdade, empregando-se inestimável credibilidade.

Ademais, o inquérito policial, conduzido por um profissional de sólido conhecimento jurídico, se submete aos mecanismos de controle constitucional e processual penal, como garantia dos direitos dos cidadãos investigados.

Neste mesmo diapasão, nota-se que o artigo 155 do Código de Processo Penal estabelece que "o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as *provas cautelares, não repetíveis e antecipada*".

Da leitura de tal norma pode-se perceber que o legislador elegeu as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas como fenômenos probatórios da etapa investigativa, o que enaltece ainda mais a fase de investigação preliminar.

Verifica-se que, por causa dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, assim como pelo que está expresso no artigo transcrito acima, parte da doutrina entende que o juiz não deve basear sua condenação apenas em "elementos informativos" colhidos na investigação criminal[279].

Frise-se, no entanto, que cada vez mais a fase de investigação preliminar tem sido permeada de atos em que se assegura o contraditório e o exercício da defesa que, embora de maneira mitigada, tem sido presente. Por tal motivo, necessário dizer que muitos dos elementos angariados no inquérito policial são probatórios. Em regra apenas as oitivas configuram elementos informativos.

[279] FEITOZA, Denilson. **Direito processual penal:** teoria, crítica e práxis. 5. ed. Niterói: Impetus, 2008, p. 132.

Fato é que o Código de Processo Penal, em sua redação atual, autoriza textualmente ao juiz utilizar-se, na formação de sua convicção, das provas produzidas em fase de inquérito[280].

Ante todo o exposto, fica nítido para o operador do Direito que o inquérito policial é o mais importante instrumento de colheita de provas de infrações penais. Não se pode esquecer que a esmagadora maioria dos procedimentos policiais são ancorados justamente em perícias e documentos, muitas vezes obtidos por meios de obtenção de prova como a busca e apreensão domiciliar, a interceptação telefônica e a colaboração premiada. Ou seja, trata-se de provas no seu sentido técnico, sendo complementadas pelos elementos informativos que se traduzem nas oitivas.

6 DEFESA NA INVESTIGAÇÃO POLICIAL E GARANTIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

É notório que muito se diz a respeito da não aplicação dos princípios do contraditório e da ampla defesa na fase pré-processual, porém, na prática, não é exatamente o que se constata.

O Supremo Tribunal Federal tem entendido que no inquérito o direito ao amplo acesso aos autos precisa ser respeitado[281]. Isso precisa ser levado ainda mais a sério quando se trata de um caso que invade a liberdade do investigado. Sobre o mesmo teor, foi editada a Súmula Vinculante n. 14, que estabeleceu que é direito do defensor ter acesso amplo aos elementos de prova, desde que já documentados e no interesse do representado para o exercício do direito de defesa.

O que se verifica, em verdade, é que qualquer pessoa que esteja sendo investigada e que constitua um defensor, pode e deve acompanhar de perto o desenrolar das investigações. Tanto é que no início do ano de 2016 entrou em vigor a Lei 13.245, norma esta que assegurou ainda mais o direito do advogado de examinar autos de investigação de qualquer natureza, mesmo que ainda inacabados, conforme será abordado mais adiante.

[280] ANSELMO, Márcio Adriano. **Inquérito policial é o mais importante instrumento de obtenção de provas.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-ago-04/academia-policia-inquerito-importante-instrumento-obtencao-provas>. Acesso em: 23 de março de 2016.
[281] BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional.** 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 456.

Necessário se faz mencionar que determinados procedimentos só serão levados ao conhecimento do investigado e da defesa técnica no momento em que estiverem finalizados e documentados, como é o caso da interceptação telefônica, da quebra de sigilo bancário, fiscal e telemático. Tal procedimento é essencial por motivos óbvios, pois não há sentido em conceder-se vista ao investigado de procedimentos inconclusos que tenham por objetivo a investigação do próprio interessado[282].

De acordo com a posição aqui apresentada, Rogério Lauria Tucci sustenta a necessidade de aplicação do contraditório em todo o período da persecução penal, inclusive na investigação, visando, assim, dar maior garantia da liberdade e melhor atuação da defesa. O referido afirma que a contraditoriedade da investigação criminal consiste num direito fundamental do imputado, direito esse que, por ser um elemento decisivo do processo penal, não pode ser transformado, em nenhuma hipótese, em mero requisito formal[283].

Ao que pese já ter sido exposta a concepção de que há, ainda que de forma mais branda, a incidência do contraditório e da ampla defesa durante a fase pré-processual, importante mencionar que o inquérito policial, durante todo o trâmite, busca resguardar os direitos básicos dos envolvidos, até mesmo do investigado.

Sobre as inovações da Lei 13.245/2016, pode-se dizer que houve ampliação das garantias para a atuação do advogado de defesa. No entanto, por mais que a nova lei traga mudanças positivas para o investigado e seu defensor, o inquérito policial continua possuindo um caráter inquisitivo.

A lei supramencionada trouxe ao artigo 7º do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, um novo contexto ao inciso XXI, qual seja:

> Assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração: a) apresentar razões e quesitos.

[282] BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional.** 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 457.
[283] TUCCI, Rogério Lauria, 2004 *apud* BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional.** 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 460.

Da leitura do texto acima, tem-se que a atuação do advogado de defesa passa a ser ainda mais evidente, eis que este pode participar da inquirição de seu cliente, seja ele investigado ou testemunha. Assim a norma trouxe uma garantia ao defensor a fim de que este possa acompanhar seu cliente e impedir que o referido produza provas contra ele mesmo.

Frise-se que o foco do legislador foi o de demarcar *apenas* a oitiva do investigado ou testemunha como ponto de partida para uma suposta nulidade, demonstrando que apesar da importância de tal profissional, não houve ampliação da atuação do causídico. A investigação é conduzida pelo delegado de polícia, sendo que o defensor não deve querer, de alguma forma, tomar frente ao procedimento.

Por seu turno, é notório que com o advento da lei em comento, o advogado tem mais voz dentro da investigação conduzida pelo delegado de polícia e pode, nos termos da alínea "a" do artigo transcrito acima, apresentar razões e quesitos no momento da oitiva de seu cliente. Isso faz com que o causídico possa justificar fatos e formular perguntas pertinentes e relevantes, que poderão ou não ser admitidas pela autoridade policial[284].

Outra alteração no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, ocasionada pelo advento da já mencionada Lei 13.245/2016, está expressa no inciso XIV, do artigo 7º, que dispõe que é direito do advogado:

> Examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital.

O novo inciso deixou claro que a advogado pode ter acesso a documentos de investigação em outros órgãos estatais, e não apenas na seara policial[285].

Além do mais, ainda abordando as mudanças relativas ao artigo 7º do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, pode-se afirmar que o § 10 instituiu a necessidade de procuração para que a advogado possa ter acesso aos autos sigilosos, apesar de a regra ser a desnecessidade do mandato.

Sequencialmente, o § 11, que menciona que:

[284] *Ibidem*.
[285] *Ibidem.*

> Nos casos previstos no inciso XIV, a autoridade competente poderá delimitar o acesso do advogado aos elementos de prova relacionados a diligência em andamento e ainda não documentados nos autos, quando houver risco de comprometimento da eficiência, da eficácia ou da finalidade das diligências.

Isso mais uma vez reforça o elemento surpresa presente no inquérito policial, sendo este elemento de extrema importância para a colheita da maior parte dos elementos probantes, uma vez que visa assegurar a própria eficácia da medida investigatória.

Por fim, o § 12 se impõe como uma forma de "garantia" ao trabalho desenvolvido pelo defensor, porquanto assegura que a autoridade condutora das investigações não poderá impedir que o referido tenha acesso aos documentos já incluídos no caderno investigatório, impedindo que a autoridade possa prejudicar o direito de defesa, conforme observa-se do texto legal:

> A inobservância aos direitos estabelecidos no inciso XIV, o fornecimento incompleto de autos ou o fornecimento de autos em que houve a retirada de peças já incluídas no caderno investigativo implicará responsabilização criminal e funcional por abuso de autoridade do responsável que impedir o acesso do advogado com o intuito de prejudicar o exercício da defesa, sem prejuízo do direito subjetivo do advogado de requerer acesso aos autos ao juiz competente.

Interessante destacar que caso seja denegado o pedido de vista do inquérito policial ao advogado, este deve se utilizar do remédio processual adequado, qual seja, a Reclamação, que deve ser feita diretamente ao Supremo Tribunal Federal, nos termos dos artigos 102, I, "l", e 103-A, § 3º, da Constituição Federal[286]. No entanto:

> Nada impede que o defensor interponha, primeiramente, Mandado de Segurança junto ao juízo de primeiro grau (quando a negativa de acesso for da autoridade policial) ou ao respectivo tribunal (quando o ato coator emana de juiz). Ainda que historicamente o STF e o STJ tenham (felizmente) admitido o *habeas corpus* para uma tutela dessa natureza, entendemos que o desrespeito às prerrogativas funcionais do advogado deve ser remediado por meio de mandado de segurança, instrumento mais adequado para tutelar tal pretensão. Sem embargo, sublinhamos que a cada dia vem tomando força a aceitação do HC diante da flagrante ilegalidade e cerceamento de defesa. Ademais, perfeitamente invocável, a fungibilidade entre as ações constitucionais

[286] LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal.** 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 179.

> para que uma seja conhecida no lugar da outra. O que importa nesse momento é a eficácia da tutela jurisdicional[287].

As mudanças caminham no rumo de considerar o investigado um sujeito de direitos, e não mero objeto utilizado como instrumento do Estado. A pessoa, mesmo que suspeita da prática de crime, não pode ser coisificada a ponto de ser extirpada a possibilidade de defesa na fase pré-processual.

Como leciona Karl Loewestein,[288] os direitos fundamentais consistem no mais importante limite ao poder estatal, verdadeiro âmbito de autodeterminação que o Estado não pode penetrar. Encarnam a dignidade da pessoa humana, funcionando como controle vertical do poder político. Esse muro contra as intervenções do Estado permitem que os detentores do poder possam aspirar sua felicidade e autodeterminar sua vida. Constituem o núcleo inviolável do sistema político da democracia constitucional, princípios superiores da ordem jurídica positiva. Quanto mais amplos os direitos fundamentais, menos perigo de concentração de poder. É o aspecto principal que separa a democracia constitucional da autocracia.

Esse raciocínio vem ao encontro da posição garantista do Estado, como ensina Luigi Ferrajoli.[289]A tutela de direitos fundamentais, desde o pensamento iluminista e as revoluções liberais que impulsionaram as primeiras declarações de direitos, é importante mesmo na fase inquisitiva. É imprescindível grifar que a história do constitucionalismo é a história da progressiva ampliação da esfera pública dos direitos, que não caem do céu.

Portanto, diante de todos os motivos e inovações legislativas aqui expostas, resta demonstrado que o inquérito policial é de extrema importância para o desfecho da persecução penal e que referido procedimento, mesmo que dentro de certas limitações legais, proporciona ao investigado uma gama de direitos, dentre eles o de exercer sua defesa (autodefesa ou defesa técnica) e o de tomar conhecimento de todos os atos investigatórios.

É preciso que esse direito seja respeitado independentemente da condição socioeconômica do suspeito, de modo a possibilitar a defesa não apenas aos abastados que podem contar com grandes bancas de advocacia. Caso contrário, o inquérito policial

[287]*Ibidem*.
[288] LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de laconstitución**. Tradução: Alfredo GallegoAnabitarte. Barcelona: Ediciones Ariel, p. 391-395.
[289] FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de losderechosfundamentales**. Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 19.

pode se transformar em odioso mecanismo de exclusão social, estigmatizando apenas aqueles sem emprego, marginalizados na sociedade capitalista, como ensina Pedro Demo,[290]que desafortunadamente não contam com assistência jurídica e por isso sequer se manifestam no curso da investigação policial. Não se pode esquecer que os direitos fundamentais possuem íntima conexão com a própria democracia, no dizer de Marcos de Azevedo, e as garantias processuais, que se espraiam para o inquérito policial, são exemplos nítidos dessas garantias inalienáveis.[291]

7 CONCLUSÃO

No presente trabalho, o tema inquérito policial foi abordado sob a premissa de que tal instrumento é de extrema importância para que haja a efetiva busca pela verdade, no que diz respeito ao cometimento de um crime.

Apesar de ser um assunto exaustivamente abordado pela doutrina e pela jurisprudência, pode-se dizer que ainda há muitas controvérsias sobre o quão fundamental é o inquérito policial bem conduzido, bem como sobre os reflexos produzidos na ação penal em virtude de provas colhidas de forma equivocada em fase pré-processual.

De um modo conclusivo, foi possível entender que o inquérito policial não se destina apenas à colheita de provas para que o titular da ação penal, diante da materialidade do delito, ingresse com a mencionada ação. A investigação policial conduzida pelo delegado de polícia vai muito além, porquanto busca reconstituir os fatos e, desta forma, evitar o ajuizamento temerário de uma ação penal.

Assim sendo, restou nítido que o inquérito policial é um instrumento utilizado para resguardar direitos fundamentais do investigado, evitando-se arbitrariedades e injustiças, como, por exemplo, um indiciamento equivocado.

Diante de tal raciocínio, percebeu-se que os avanços legislativos, no que diz respeito ao campo das garantias já conferidas aos delegados de polícia, são de grande importância para que a autoridade policial possa agir de modo eficaz e atingir os objetivos almejados na investigação preliminar.

Verificou-se, ainda, que o inquérito policial é o mais importante instrumento para obtenção de provas, desmistificando a ideia de que tal instrumento colhe apenas

[290] DEMO, Pedro. **O charme da exclusão social**. Campinas: Autores Associados, 1988, p. 52.
[291] AZEVEDO, Marcos de. **Direitos Humanos fundamentais**. São José do Rio Preto: Meio Jurídico, 2006, p. 53-54.

elementos informativos. Isso porque restou demonstrado que diversas modalidades de provas são produzidas apenas em fase de inquérito, como é o caso das provas cautelares, não repetíveis e antecipadas, devendo o juiz utilizá-las para a formação de seu convencimento.

Ademais, constatou-se que diante da permeação do contraditório e da ampla defesa na fase de investigação policial, além das provas supracitadas, outros elementos de prova também são, na prática, probatórios, devendo o juiz apreciá-los e valorá-los conforme sua convicção.

Também foi possível entender que a afirmação de que o inquérito policial não possui contraditório e ampla defesa não deve ser encarada de forma absoluta, eis que tais garantias se refletem na autodefesa do investigado, assim como na defesa técnica exercida pelo advogado constituído.

Outrossim, nota-se que além de o inquérito ser base para uma persecução penal bem sucedida, este deve seguir dentro dos ditames da lei, a fim de não refletir irregularidades na ação penal, bem como não produzir efeitos negativos para a sociedade ou injustiças para o investigado.

Ante todo o exposto, pode-se afirmar que o inquérito policial é de extrema valia para salvaguardar direitos, para buscar a verdade dos fatos e para dar o suporte adequado a uma futura ação penal.

Isso porque está longe de ser considerado um instrumento arcaico e ineficaz para os seus propósitos, apresentando-se, como é cediço, a base para a grande maioria das ações penais em curso ou já julgadas no país.

Assim, objetivando resguardar os direitos positivados pela Constituição Federal de 1988, o inquérito policial deve receber grande credibilidade, afastando-se qualquer afirmação reducionista quanto ao referido procedimento.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal.** Salvador: JusPodivum, 2015.

ANSELMO, Márcio Adriano. **Inquérito policial é o mais importante instrumento de obtenção de provas.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-ago-04/academia-policia-inquerito-importante-instrumento-obtencao-provas>. Acesso em: 23 de março de 2016.

AZEVEDO, Marcos de. **Direitos Humanos fundamentais**. São José do Rio Preto: Meio Jurídico, 2006.

BARBOSA, Manoel Messias. **Inquérito policial:** doutrina, prática, jurisprudência. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2008.

BARCELOS, DANIEL. **Polícia civil: a distinção entre investigação criminal e funções de polícia judiciária**. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=10408>. Acesso em: 26 de fevereiro de 2016.

BARROS FILHO, Mário Leite de. **O contraditório mitigado no inquérito policial.** Disponível em: <http://www.adepolalagoas.com.br/artigo/o-contraditorio-mitigado-no-inquerito-policial.html>. Acesso em: 15 de junho de 2016.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro.** 12. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal - Parte Geral.** 19. ed.São Paulo: Saraiva, 2013.

BORGES, Fernando Afonso Cardoso. **O direito ao contraditório e ampla defesa na fase inquisitória do processo penal.** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7416>. Acesso em: 26 de fevereiro de 2016.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional.** 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal.** 21.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de; COSTA, Adriano Sousa. **Advogado é importante no inquérito policial, mas não obrigatório.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-jan-14/advogado-importante-inquerito-policial-nao-obrigatorio>. Acesso em: 13 de junho de 2016.

CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. **Missão da polícia judiciária é buscar a verdade e garantir direitos fundamentais.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jul-14/academia-policia-missao-policia-judiciaria-buscar-verdade-garantir-direitos-fundamentais>. Acesso em: 25 de fevereiro de 2016.

CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. **Inquérito policial é indispensável na persecução penal.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-dez-01/inquerito-policial-indispensavel-persecucao-pena>. Acesso em: 25 de fevereiro de 2016.

CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai.**Polícia e Estado de Direito na América Latina.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

DEMO, Pedro. **O charme da exclusão social**. Campinas: Autores Associados, 1988.

FEITOZA, Denilson. **Direito processual penal:** teoria, crítica e práxis. 5. ed. Niterói: Impetus, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

JARDIM, Afrânio Silva. **Ação penal pública:** princípio da obrigatoriedade. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 3. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2015.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal.** 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de La constitución**. Tradução: Alfredo GallegoAnabitarte. Barcelona: Ediciones Ariel.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prática forense penal.** Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 32.

PRADO, Luis Regis. **Direito processual penal - parte I.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ROSSETTO, Enio Luiz. **A confissão no processo penal.** São Paulo: Atlas, 2001, p. 196-256.

SANNINI NETO, Francisco. **Inquérito policial e prisões provisórias.** São Paulo: Ideias & Letras, 2014.

SCHMIDT, Andrei Zenker. **O método do direito penal sob uma perspectiva interdisciplinar.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CAPÍTULO XVI

O DIREITO NATURAL E A ORDEM POSITIVA

André de Oliveira da CRUZ[292]
Diego Nassif da SILVA[293]
Evaldo Gonçalves LEITE[294]

Resumo: Trata-se de resumo expandido de índole teórica revisional bibliográfica com pesquisa, leitura e análise de documentação jurídica e filosófica objetivando estudar a importância dos valores no mundo jurídico a partir do direito natural clássico. Utiliza de diferentes métodos lógicos e argumentativos com vistas ao uso da melhor técnica. Ressalta-se o problema de se conceber a ciência jurídica sem valores objetivos que lhe garantam ser justa de fato, utilizando-se de princípios sem valor real que, fadados à subjetividade, podem levar à injustiça; e, para contrapor o problema exposto busca-se aplicar o direito natural clássico, a fim de garantir a cada um o seu. Conclui, preliminarmente, que é perigoso ancorar o sistema jurídico em princípios que não estejam fundados em premissas anteriores, e que, neste sentido, o direito natural apresenta-se como valor a fim de preencher com conteúdo o conjunto de princípios gerais que regem o ordenamento jurídico.

Palavras-chaves:filosofia jurídica; teoria tridimensional; positivismo; direito natural.

INTRODUÇÃO

Muito se fala em ‘mundo justo’, ‘justiça social’, ‘justiça igualitária’, expressões hodiernas que não só permeiam o mundo jurídico mas também a toda a esfera cultural contemporânea, mas que, todavia, afastados das experiência real, acabam se tornando eco para as mais variadas e contrastantes decisões políticas e jurídicas.

[292] Graduando em Direito pela Faculdade de Educação, Administração e Tecnologia de Ibaiti (FEATI), (andre_cruz13@live.com).
[293]Doutorando, mestre e graduado em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Cândido Mendes (UCAM) e em Direito Público pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL). Pesquisador do Grupo de Pesquisa em Constituição, Educação, Relações de Trabalho e Organizações Sociais – GPCERTOS, do curso de Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Professor de Direito na Faculdade de Educação, Administração e Tecnologia de Ibaiti (FEATI). Analista judiciário no TRF-4ª Região.
[294]Graduado em Direito pela Fundação Universidade Regional de Blumenau (1988). Professor licenciado da Faculdade Educacional de Cornélio Procópio e da Faculdade Cristo Rei de Cornélio Procópio e professor na faculdade FEATI/UNIESP. Integrante, na FEATI/UNIESP, do Colegiado do Curso de Direito, do Núcleo Docente Estruturante e da Comissão Própria de Avaliação.

Acredita-se que muito se perdeu da tradição com as ideologias do século XIX e XX, as quais, polarizando o discurso geral, provocaram grande ruído no ciclo de evolução teórico.

Tem-se, assim, a importância do resgate do direito natural, residindo precisamente no intuito caminhar no sentido de reestruturar um elo entre o passado e o presente e, na base sólida da tradição, progredir com segurança para a busca do justo.

DESENVOLVIMENTO

O positivismo de Augusto Comte que, segundo alguns já foi superado, continua a reger o nosso ordenamento jurídico; a ditadura do cientificismo positivista ainda é muito presente e pujante na atividade acadêmica e na vida pragmática do ordenamento jurídico que, mesmo que com novas roupagens, continuam a separar o direito de qualquer elemento metafísico e se apegar no mais baixo imanentismo.

Por conta disso, a análise do valor justo real foi sub-rogada por uma série de normas-princípio – que dizem ser o norte do sistema jurídico, uma espécie de "direito natural" – que, em si mesmas, não descrevem um valor real, mas apenas evocam um vazio abstrato, que, por sua natureza, necessitam ser preenchidas de "conteúdo" proveniente do sujeito, isso, pois os princípios não se referem a algum valor de justo natural[295].

Tudo isso, com certeza, têm sua origem na negação do transcendental e de Deus, na fatal ruptura entre fé e razão. Essa negação leva a razão a uma espécie de imanentismo epistemológico e, consequentemente ao relativismo axiológico tão corrente em nossos dias.

Para que se prove tal conjectura basta volver o olhar para um dos princípios mais em voga, o princípio da dignidade da pessoa humana. Tal princípio teve sua origem no seio da civilização ocidental cristã,pois a cosmovisão cristã enxergou que todo o homem - como foi criado à imagem e semelhança de Deus - é digno e sua vida deve ser respeitada. Longe de seu significado original[296] pode ser usado para defender as mais contrastantes posições legislativas. Como exemplo, é usado tanto para defender o aborto, argumentando no sentido de que é dignidade da pessoa humana uma vida sem remorsos, uma vida

[295]O termo "natural" não se refere à natureza física, materialista. Mas à totalidade do cosmos, tal como se encontra em Santo Tomás de Aquino.
[296]Verdadeiro significado é aquele que se encontra na experiência original que deu origem ao símbolo linguístico.

planejada sem filhos inesperados ou indesejados, como também é usado pelos grupos contrários ao aborto para defender o feto, no sentido de que é digno à pessoa do feto que ele tenha direito a viver. Ou seja, a dignidade ora é tomada como uma espécie de bem estar e ora é tida como a necessidade de se preservar a vida antes de qualquer vaidade.

Qual o critério do justo no caso acima disposto? O que é que preenche o vazio do princípio? A simples vontade do interprete? É evidente que não. O justo é um valor real, não é fruto da arbitrariedade humana, ou seja, mesmo que a maioria (democracia) diga que algo é "justo", e se legisle neste sentido, isto não lhe serve de fundamentação. Por exemplo, em um caso onde a maioria vota para que todos as pessoas de determinada etnia sejam extintas. O fato de a maioria ter - mesmo que absoluta - votado pela extinção de determinada etnia torna a lei resultante justa?

Portanto, nota-se que o justo nesse caso não se refere a uma análise da realidade, mas é toda uma construção linguística para defender determinadas políticas a fim de dar conteúdo aos princípios, que podem ou não ser justas de fato, ou seja, o justo natural.

Os direitos humanos, por exemplo, entendidos como princípios apontam a mesma realidade. Neste sentido destaca o filósofo francês Michel Villey, que, tratando do uso feito por Hobbes e Locke dos direitos humanos, diz o seguinte:

> Ferramenta de mil usos. Usaram-na em proveito das classes operárias ou da burguesia - dos malfeitores contra os juízes - das vítimas contra os malfeitores. Mas atenção! Cumpre escolher: ou bem de uns, ou bem dos outros. Nunca se viu na história que os direitos humanos fossem exercidos em proveito de todos. O problema com os direitos humanos é que ninguém poderia tirar partido deles senão em detrimento de alguns homens. A que se deverá o enorme sucesso desse lugar-comum dos direitos humanos na retórica contemporânea? Ao fato de que ele consegue esconder o reverso: militando por esses direitos contra o xá do irã, teremos ajudado a instauração do regime de komeini. (VILLEY, 2007, p.162)

Ou seja, o autor destaca a maleabilidade existente no uso destes princípios. Sua função foi, em suma, servir de propaganda política, ou seja, esconder o reverso.

Como pode, então, princípios sem nenhum valor objetivo serem utilizados como valores objetivos para o julgamento das demais normas jurídicas[297]? Aqui entra a importância do direito natural, que, nas palavras de Vicente Ferrer Neto Paiva, é "anterior

[297]Todas as ciências positivas possuem seus princípios gerais, porém, é trabalho da filosofia jurídica "valorar o valor".

a todas as leis estabelecidas pelos homens, e destas independente" (PAIVA, 1850, p.1). Ou seja, o direito natural é sistema de normas vigentes que é anterior a todas as normas legisladas e é independente delas, é o justo natural, que decorre da ordem do cosmos.

Embora leve o nome de direito, não se trata bem de uma relação jurídica no sentido clássico do termo *ius*, em especial no sentido que lhe dava o direito romano. O direito natural se apresenta como *valor*que deve ser lavado em conta na análise dos *fatos* a fim de se chegar a uma *norma*.

Desta forma pode-se perceber a teoria tridimensional do direito, descrita com maestria pelo professor Miguel Reale, ou seja, há: valor, fato e norma. E, entre eles, uma espécie de relação dialética, sendo que, no caso do valor entra o direito natural.

Pretende-se com a pesquisa tratar apenas do aspecto axiológico, a fim de desvendar a importância do valor no ordenamento jurídico positivo, a fim de lhe garantir fundamentos justos, sendo que este valor é o "direito natural", um valor objetivo que decorre da própria ordem da integralidade da realidade.

Vale destacar, por fim, que a pesquisa desenvolve-se, de início, colocando o problema da fundamentação do direito, o que é que lhe confere ser justo, qual o valor objetivo. Neste sentido apresentam-se pretensas soluções a esta questão: o positivismo jurídico, que diz que a questão do valor é alheia à ciência do direito, sendo o direito pura norma; e os direitos humanos tratados como princípios últimos da interpretação jurídica[298].Neste sentido, procura-se esclarecer a importância do valor para o mundo do direito, bem como a importância de valores reais - direito natural-, em contraposição às posições acima dispostas, bem como a sua atuação no mundo jurídico por meio da teoria tridimensional do direito realeana.

Em relação ao direito natural, é importante ressaltar ainda que o termo encontra-se utilizado com a significação que lhe dava Santo Tomás de Aquino, visto a grande gama de significações que podem surgir de tal termo. Na teoria tridimensional do direito, em relação ao valor, busca-se aplicar o direito natural no lugar do historicismo axiológico proposto originalmente por Reale. Tendo em vista a máxima de Ulpiano, que é dar a cada um o seu, o justo.

CONCLUSÃO

[298]Importante ressaltar, que a pesquisa não nega a importância dos princípios, mas apenas realça a importância de que eles estejam fundados em valores reais.

De antemão a pesquisa, até o momento, evidenciou a fragilidade de se ancorar o sistema jurídico em valores relativos ao sujeito, visto a seriedade dos problemas sociais tratados pelo direito. Neste sentido, o direito natural aparece como solução a este problema, visto a sua objetividade e sua existência supra histórica, entrando, no caso, como um dos elemento constitutivos da teoria tridimensional do direito, através de uma espécie de relação dialética. Ressalta-se o caráter preliminar de tais conclusões, que, no decorrer da pesquisa, deverão ser amadurecidas.

REFERÊNCIAS

HERVADA, Javier. **Lições propedêuticas de filosofia do direito**. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

PAIVA, Vicente Ferrer Neto. **Elementos de direito natural ou de philosophia do direito**. 2. ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 1850.

VILLEY. Michel. **O Direito e os Direitos Humanos**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

REALE. Miguel. **Filosofia do Direito**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1982.

CAPÍTULO XVII

O NOVO CPC EM FOCO: A INOVAÇÃO DO NOVO PROCEDIMENTO COMUM, CELERIDADE E A EFETIVAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA

THE NEW CPC IN FOCUS: THE INNOVATION OF THE NEW COMMON PROCEDURE, PROCEDURAL CELERITY AND EFFECTIVENESS ACCESS TO JUSTICE

CYRO JOSÉ JACOMETTI SILVA
UNOPAR – Universidade do Norte do Paraná
Mestre em Direito – UNIMAR
Doutorando em Direito Constitucional - FADISP
cyro.silva@kroton.com.br

NATÁLIA LETÍCIA RODRIGUES
UNOPAR – Universidade do Norte do Paraná
natalia-lrodrigues@hotmail.com

Resumo: O Estudo busca evidenciar as mudanças adotadas no novo código de processo civil, e identificar se essas inovações serão capazes de solucionar a tão criticada morosidade no processo civil brasileiro. O novo código de processo civil trouxe uma realidade diferente do antigo diploma, uma vez que instituiu uma visão constitucional do direito processual, capaz de aproximar as partes no início da lide, antes mesmo da parte requerida se defender das questões trazidas na exordial pelo autor.

Palavras-Chave: processo civil; acesso à justiça; inovações; celeridade.

Abstract: The study seeks to demonstrate the changes adopted in the new civil procedure code, and identify whether these innovations will be able to solve the much-criticized sluggishness in the Brazilian civil procedure. The new Code of Civil Procedure brought a different reality from the old diploma since instituted a constitutional view of the procedural law, able to bring the parties at the beginning of the litigation, even before the defendant to defend himself the questions raised in exordial by the author.

Keywords: civil lawsuit; access to justice; innovations; celerity.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo analisar o novo procedimento adotado pelo Código de Processo Civil de 2015. Com o advento do novo código de processo civil, o campo processual sofreu várias alterações, contudo trouxe grandes desafios a serem superados pelos processualistas.

Uma das categóricas modificações adotada pelo novo CPC foi à unificação dos procedimentos do CPC/73, tornando-se o procedimento sumario e ordinário em um procedimento comum. O tempo de tramitação de uma lide estabelece uma estreita relação com a forma de desenvolvimento dos ritos processuais, e para tentar solucionar a delonga do tramite processual do Código de Processo Civil de 1973, o Legislador resolveu integrar os procedimentos, dando origem ao procedimento comum.

DESENVOLVIMENTO

A pesquisa sobre o novo procedimento adotado pelo NCPC encontra um campo atual e ainda pouco explorado pela doutrina brasileira, uma vez que o mencionado código entrou em vigor no dia 18 de março de 2016, após um ano e dois dias de sua publicação. Sabe-se que o projeto do referido código não ocorreu por mero oportunismo, entretanto, devido aos anseios da comunidade jurídica em desburocratizar o rito processual, ele buscou a aplicabilidade do princípio da celeridade processual.

O novo código de processo civil também inova no sentido de transformar a cooperação em uma norma fundamental, dispondo em seu art. 6º, inserido na Parte Geral que "todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva".

Camargo (2015, p.52), evidencia a importância dos sujeitos processuais em cumprir o referido artigo:

> Ocorre que, além da importância alterações legislativas, por certo, é imprescindível que se implemente uma nova postura de todos que de alguma forma participam do sistema processual que, por sua vez, devem se adaptar a um sistema cooperativo/comparativo evidenciado no Novo CPC, eis que novo códex traz diversos mecanismos que buscam estimular tal postura.

Com advento da lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, foram inauguradas várias modificações que, segundo autores, serão capazes de solucionar a morosidade da justiça brasileira, bem como trazer maneiras alternativas de solução de conflitos. O novo código

de processo civil trouxe para a realidade brasileira o desafio de almejar uma nova sociedade que utiliza primeiramente a maneira pacífica de solução de conflitos, ao invés do litígio. É evidente que com o novo código de processo civil surge um novo cenário jurídico contemporâneo, com regras plenamente adequadas à estrutura constitucional, dando ênfase ao Estado Constitucional, a tutela dos direitos, buscando a resolução do processo de maneira justa.

Partindo dessa premissa Rocha (2015, p.1) assegura que:

> Ora, ao contrário do Código de 1973, que dispunha dos princípios de modo esparso e descontextualizado, o projeto prima pela excelente técnica legislativa, ao compô-los de modo organizado e sistematizado, a uma dando o tom normativo sobre o qual se vinculam todo o sistema e subsistemas, a duas por facilitar a aplicação do direito ao caso concreto, eis que simétrico aos princípios vinculativos de todos os ramos processuais.

Nesse sentido, Antônio Aurélio Abi Ramia Duarte (2013, p.1) afirma que o "projeto do novo CPC deve ser visto como uma nova reforma ou um complexo de reformas, mas como um moderno e novo regramento legal, um novo Código".

Segundo prevê Araújo (2015, p.1)

> O tempo de tramitação de um processo guarda estreita relação com a forma de desenvolvimento dos ritos processuais. Nesse aspecto, a mudança mais profunda foi desenhada para o processo de conhecimento. O novo rito comum incorpora a primazia pela solução dos conflitos por intermédio de técnicas de conciliação e mediação.

Apesar das substanciais modificações, compreende-se que o art. 318 do CPC/2015 conservou similarmente a redação do art. 271 do CPC/2013, que já previa que o procedimento comum fosse aplicado a todas as causas, sendo interessante cita-lo: "Aplica-se a todas as causas o procedimento comum, salvo disposição em contrário deste Código ou de lei especial".

Do mesmo modo, o art. 318 do CPC/2015 sustentou a mesma argúcia, todavia, somente retirou o termo especial do termino do artigo revigorado, bem como incluiu o parágrafo único onde dispõe que:

> Art. 318. Aplica-se a todas as causas o procedimento comum salvo disposição em contraria deste código ou de lei.
> Parágrafo único. O procedimento comum aplica-se subsidiariamente aos demais procedimentos especiais e ao processo de execução

Desde do advento do CPC/39 no sistema brasileiro o procedimento ordinário é o rito padrão do processo de cognição, ainda que o CPC/73 houvesse introduzido o

procedimento sumário, mais sucinto, como uma alternativa para causas menos de menos complexidade e valor, entretanto, a ideia sempre foi que o mais apto seria o processo de conhecimento, qualquer que fosse a tutela, deveria ser apreciado em um único rito, ou seja, havia necessidade de se estabelecer um rito padrão.

Aduz, que o procedimento ordinário, regulado no CPC/73, era enfrentado como um paradigma, um modelo para um aprofundado estudo e aplicação de normas procedimentais, por ser o procedimento mais completo, complexo e meticuloso rito desenvolvido pelo legislador.

Neste sentido, importante lição nos concede Guimarães, uma vez que na sua visão:

> Cabe ressaltar que o § único do art. 272, do CPC-1973, trazia menção expressa acerca da aplicabilidade do rito comum ordinário do processo de conhecimento, subsidiariamente, a todos os procedimentos, sumário e especiais, portanto, o CPC-2015 não inovou neste sentido, mas ratificou a intenção do legislador anterior de ver todos os demais processos, inclusive o de execução, e procedimento, inclusive os especiais, regulados pelo procedimento comum quando houvesse ausência de dispositivo especifico regulador do desenvolvimento de seus atos processuais.

O Código de processo civil de 1973 previa dois tipos fundamentais de procedimento, o comum que subdividia em ordinário e sumário, e os especiais, nos casos de jurisdição contenciosa e voluntária. O procedimento sumário foi criado pelo legislador com o objeto de agilizar a jurisdição do Estado, visto que esse procedimento adotava uma maior concentração dos atos processuais, visando um desfecho mais rápido que o rito ordinário. Sobre esse tema a lição de Gonçalves é muito acertada, no ponto em que afirma,

> Isso não significa que a cognição não seja plena e exauriente. Todos os atos processuais estruturais dos procedimentos em geral- petição inicial, citação, reposta do réu, produção de provas e sentença- estão presentes no sumário, embora o momento processual de sua realização não seja o mesmo que no ordinário.

O procedimento sumário deixa de existir no CPC/2015, uma vez que ficam reunidas todas as causas que antes eram pelo rito comum ordinário ou sumário, atualmente serão apreciadas em um único procedimento, que foi conceituado pelo novo diploma como procedimento comum.

O legislador com intuito de aproximar linearmente as partes antes da concretização da situação litigiosa, com fulcro no art. 319, VII, do CPC-2015, o autor deverá indicar na petição inicial a opção pela realização de audiência conciliatória ou mediação, uma vez que as partes têm a oportunidade de exercer o direito de autocomposição, já no início do processo, quando ainda não se digladiaram no feito.

É importante salutar que a possibilidade das partes se reunirem logo no início da discussão, antes mesmo do réu se defender daquilo que lhe foi atribuído, é medida relevante para a rápida e vantajosa dissolução da lide, logo com o abatimento das despesas processuais, do tempo do processo e da eternização do conflito.

Conforme dispõe o art. 335 do NCPC, se não for causa de indeferimento da petição inicial ou improcedência liminar do pedido no processo de cognição, o magistrado deverá designar audiência de conciliação ou de mediação, com antecedência mínima de trinta dias, carecendo a citação do réu com pelo menos 30 dias de antecedência.

Esse método, em princípio, prevê a probabilidade de uma rápida solução do conflito. No entanto, a realidade do Poder Judiciário, ainda se encontra bem distante da vontade do legislador, uma vez que será necessária a adaptação do poder judiciária para a aplicação do novo diploma, uma vez que o novo código demanda de uma estrutura física adequada para a fixação correta dos seus diplomas.

Segundo Araújo:

> A exigência de audiência inaugural para todos os processos de conhecimento demandará estrutura física bem mais avantajada e pessoal qualificado para a realização de conciliação e, em especial,

Eis um grande problema a ser enfrentado pelos tribunais na implementação da novel regulamentação. É evidente que as novas práticas, principalmente a implementação das técnicas de composição e conciliação, demandarão uma estrutura no mais das vezes inexistentes ainda.

Ocorre, todavia, que a implementação gradual e sistemática das novas técnicas de solução de conflitos aliada à nova sistemática do procedimento comum no novo CPC, sob uma primeira análise, demonstram um futuro promissor para auxiliar na diminuição dos acervos processuais e na demanda de novos processos, razão pela qual a presente pesquisa mostra-se indispensável como ferramenta de auxílio no entendimento dos novos preceitos e na eventual contribuição na facilitação de sua implementação.

CONCLUSÃO

Com o advento da lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, originou um novo contexto jurídico, visto que várias modificações foram concretizadas com o intuito de aperfeiçoar a regra instrumental civil, acarretando uma modernização do direito de ação. Assim, ante o exposto, percebe-se que as alterações do novo Código propendem aperfeiçoar e a acelerar o procedimento judicial, posto que, o que causa a demora da prestação judicial é a morosidade do poder judiciário, custos elevados processuais, a inconsistência das jurisprudências e dentre outros.

O novo diploma tem como objetivo principal atender aos anseios da sociedade, sem reduzir ou restringir direitos. Todo esse aparato não traz, somente a renovação do ordenamento jurídico, como também, a esperança, a confiança e essencialmente, a justiça.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Leila Mustafá. **O Procedimento Comum À Luz Do Novo Código De Processo Civil**, 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/35173/o-procedimento-comum-a-luz-do-novo-codigo-de-processo-civil>. Acesso em: 26 de abril de 2016.

DUARTE, Antônio Aurélio Abi Ramia. **Os Princípios No Projeto Do Novo Código De Processo Civil:** Visão Panorâmica, 2013. Disponível em:< http://www.editorajc.com.br/2013/03/os-principios-no-projeto-do-novo-codigo-de-processo-civil-visao-panoramica/>. Acesso em: 26 de abril de 2016.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo Curso de Direito Processual Civil, volume 1**: Teoria geral e processo de conhecimento (1º parte). 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ROCHA, Lucivaldo Maia. **Aspectos Positivos Do Novo CPC, 2015**. Disponível em: <https://Jus.Com.Br/Artigos/35534/Aspectos-Principiologicos-Positivos-No-Novo-Cpc/2>. Acesso em: 26 de abril de 2016.

SANTANA, AlexadreÁvalo; Andrade Neto, Jose de. **Novo CPC**: Análise Doutrinária sobre o novo direito processual brasileiro. Campo Grande: Contemplar, 2016.

VADE MECUM Saraiva/obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, LiviaCespedes e Fabiana Dias da Rocha- 21. ed. São Paulo: Saraiva 2016.

CAPÍTULO XVIII
O NOVO MODELO DE FINANCIAMENTO DE CAMPANHAS BRASILEIRO

Janaínna de Oliveira Serra[299]
Vanessa Rúi Fávero[300]

RESUMO
O presente trabalho visa apresentar uma crítica ao sistema de financiamento de campanhas eleitorais vigente no país, e propor o financiamento exclusivamente público como uma melhor alternativa. Esquece-se, em meio às campanhas eleitorais milionárias, o verdadeiro sentido das eleições, que é a concretização da democracia representativa, por onde o eleitor escolhe quem vai lhe representar no Poder Executivo e Legislativo. O representante, portanto, deve se ater aos interesses gerais, ou seja, de todos os cidadãos, e não somente aos do grupo que o elegeu. Entretanto, com o abuso de poder econômico nas campanhas, o candidato, para conseguir se eleger, deve levantar grandes montantes, na maioria das vezes, doados por financiadores privados interessados em vantagens futuras, o que favorece o conflito de interesses e a troca de favores entre financiador e financiado. O sistema de financiamento brasileiro é de caráter misto, permitindo assim as doações oriundas de pessoas físicas e jurídicas. Todavia, mesmo com os limites impostos pela legislação eleitoral vigente, o dinheiro privado acaba servindo como um investimento, um empréstimo que deverá ser pago pelo candidato se este vier a se eleger, favorecendo de alguma forma seus financiadores, através da máquina estatal, gerando, dessa forma, a corrupção. Nesse diapasão, destaca - se o financiamento exclusivamente público, que, por não permitir doações privadas às campanhas, vem a ser uma interessante opção de reforma do sistema eleitoral brasileiro, figurando como objeto desta pesquisa.

PALAVRAS-CHAVE
Democracia Representativa. Campanhas Eleitorais. Corrupção. Financiamento Público de Campanhas.

ABSTRACT

This paper presents a critique to the electoral campaign finance system existing in the country, and propose public funding exclusively as a better alternative. It is forgotten, amid the millionaire campaigns, the true meaning of elections, which is the achievement of representative democracy, where voters choose who will represent them in the Executive and Legislative branches. The representative, therefore, should stick to general interests, ie, of all citizens, not only to the group

[299]Advogada. Pós – Graduanda em Direito do Estado pelas Faculdades Integradas de Ourinhos (Fio). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Integrante do Grupo de Pesquisa Democracia e Direitos Fundamentais – UENP.
Email: janainna.os@gmail.com
[300]Mestre em Ciência Jurídica pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Advogada. Docente do Curso de Pós-Graduação em Direito Civil e Processual Civil da FACON- Faculdade de Conchas, polo presencial CENA Educacional – São José do Rio Preto/SP. Mediadora e conciliadora pela Escola Paulista da Magistratura - EPM. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Integrante do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas e Efetivação dos Direitos Sociais. – e-mail: vanessa_vrf@hotmail.com

that elected him. However, with the abuse of economic power in the campaigns, the candidate, to get himself electe, must raise large amounts, mostly donated by private funders interested in future benefits, which favors the conflict of interest and the exchange of favors between donor-grantee. The funding system in Brazil has a mixed character, allowing donations from individuals and corporations. However, even with the limitations imposed by the current electoral legislation, private money ends up serving as an investment, a loan that must be paid back by the candidate if this comes out to be elected, somehow favoring their lenders through the state machine, generating thus corruption. In thisvein, stands out the public funding exclusively, which, once that does notallow private donations to campaigns, be come saninter esting option for reforming the Brazilian electoral system, what figures as theobjectofthisresearch.

KEYWORDS

Representative Democracy. Campaigns. Corruption. Public Funding of Campaigns.

INTRODUÇÃO

Com o aumento populacional e territorial dos Estados, os cidadãos precisaram escolher representantes para defenderem seus interesses pessoalmente, haja vista que a democracia direta exercida em praça pública não era mais possível. Assim, deu-se inicio a democracia representativa, chamada também de democracia dos modernos, possuindo agora as eleições como regra, e não apenas em casos excepcionais, como era na democracia ateniense.

A democracia moderna, recente no Brasil, se baseia em dois principais princípios, o da participação e da representação política. A representação consiste no ato dos cidadãos escolherem, através de eleições, representantes que se dediquem às questões políticas, se atentando sempre aos interesses gerais da nação. A participação popular, por sua vez, envolve a possibilidade do cidadão, além do poder do voto, influenciar de forma efetiva na construção da realidade política de sua cidade, estado ou país.

Todavia, devido às mazelas causadas à democracia, o país se vê em crise de representatividade política, como ficou evidente nas manifestações de 2013, apelidadas de Jornadas de Junho, onde a população demonstrou sua insatisfação com a política brasileira.

A participação popular é constantemente prejudicada pelos escandalosos casos de corrupção existentes no âmbito político, que levam o povo à descrença nas instituições democráticas, deixando a triste sensação de que quem realmente influencia nas decisões dos representantes eleitos são os detentores de recursos financeiros; o cidadão se vê impotente frente às forças econômicas envolvidas no processo eleitoral.

Dentro desse cenário, acompanhamos nos noticiários as discussões acerca do financiamento público de campanhas eleitorais, apresentado como uma das alternativas de mudança do sistema eleitoral brasileiro, uma possível solução para a atual crise de representação política no país. Esta é a temática central deste artigo, que busca analisar mais afundo esta nova proposta de financiamento de campanhas.

Com intuito de fornecer parâmetros teóricos para as questões aqui aventadas, houve a seleção de obras de Direito Eleitoral, História e Ciência Política. Buscou-se, outrossim, a

consulta a artigos científicos, legislações e acompanhamento de processos por meio eletrônico.

Este artigo científico foi desenvolvido com auxílio do método dedutivo, não sendo desprezados os métodos comparativos e sistemáticos, que proporcionaram uma abordagem integral da temática.

1 A DEMOCRACIA MODERNA: O SURGIMENTO DA REPRESENTAÇÃO POLÍTICA

Com o alto crescimento populacional, as cidades-Estado se alteraram, dando surgimento aos grandes Estados modernos, onde as condições históricas se modificaram, e uma nova concepção moral de mundo nasceu. Tornando assim a substituição da democracia direta pela democracia representativa necessária, haja vista o aumento da população mundial.

Norberto Bobbio, relembrando as palavras de Rousseau, disse a este respeito:

> Das duas diferenças entre a democracia moderna e a democracia antiga, a primeira foi o efeito natural da alteração das condições históricas, a segunda, ao contrário, foi efeito de uma diferente concepção moral de mundo. A substituição da democracia direta pela democracia representativa deveu-se a uma questão de fato; o distinto juízo sobre a democracia como forma de governo implica uma questão de princípio. As condições históricas alteraram-se com a transição da cidade-Estado para os grandes Estados territoriais. O próprio Rousseau, embora tivesse feito o elogio da democracia direta, reconheceu que uma das razões pelas quais uma verdadeira democracia jamais existiu, e jamais existirá, era que ela exige um Estado muito pequeno […] (2000, p. 376)

Diferentemente da democracia ateniense, criticada por alguns de seus principais filósofos políticos, a democracia na atualidade, chamada por Norberto Bobbio de "democracia dos modernos", possui uma conotação positiva, sendo defendida incessantemente por pessoas de variadas classes sociais e políticas.

Nas palavras do referido autor "hoje 'democracia' é um termo que tem uma conotação fortemente positiva. Não há regime, mesmo o mais autocrático, que não goste de ser chamado de democrático." (2000, p. 375)

Se os regimes atuais forem analisados, tendo como base suas autodefinições, se poderia afirmar que não existem mais regimes não-democráticos no mundo. Mesmo com a existência de ditaduras, estas dizem ter como objetivo a restauração de uma verdadeira democracia. (BOBBIO, 2000, p. 375)

A representação política se fez necessária frente ao aumento populacional, e principalmente nasceu da liberdade dos Estados contemporâneos, onde, não havendo mais escravidão, os cidadãos assumiram o ônus do trabalho para si, necessitando, assim, de representantes, estabelecidos através de um mecanismo político denominado eleição, para atuarem em nome do povo.

Norberto Bobbio, assim, asseverou:

De resto, a democracia representativa também nasceu da convicção de que os representantes eleitos pelos cidadãos estariam em condições de avaliar quais seriam os interesses gerais melhor do que os próprios cidadãos, fechados demais na contemplação de seus próprios interesses particulares; portanto, a democracia indireta seria mais adequada precisamente para o alcance dos fins a que fora predisposta a soberania popular. (1990, p. 34)

O conceito da palavra representação, dada sua importância e possível ambiguidade, significa, no sentido técnico-jurídico, "agir em nome e por conta de um outro". (BOBBIO, 2000, p. 457)

Representação política, nas palavras de Norberto Bobbio:

[...] as deliberações coletivas, isto é, as deliberações que dizem respeito à coletividade interna, são tomadas não diretamente por aqueles que dela fazem parte, mas por pessoas eleitas para esta finalidade. (2000, p. 56)

Celso Fernandes Campilongo, em sua obra "Representação Política", se remete ao conceito de Pitkin:

Pitkin conceitua a representação política como principalmente um ordenamento público e institucionalizado, envolvendo muitas pessoas e grupos, operando nos esquemas complexos dos ordenamentos sociais de larga escala. O que identifica essa representação não é a ação individual exercida por algum participante, mas a estrutura e funcionamento do sistema como um todo, os modelos que emergem das múltiplas atividades de muitas pessoas. Identificar os componentes que - "na estrutura e no funcionamento do sistema como um todo" - propiciem o estabelecimento de mecanismos de representação torna-se, assim, elemento essencial do modelo sistêmico. (1988, p. 15)

Neste sentido, a respeito do termo "democracia dos modernos", disserta Norberto Bobbio:

[…] por democracia os antigos entendiam a democracia direta, os modernos, a democracia representativa. Quando falamos de democracia, a primeira imagem que nos vem à mente é o dia das eleições, longas filas de cidadãos que esperam a sua vez para colocar o voto na urna. Caiu uma ditadura, instaurou-se um regime democrático? O que nos mostram os televisores de todo o mundo? Uma cadeira de eleitor e um homem qualquer, ou o primeiro cidadão, que exercem o próprio direito ou cumprem o próprio dever de eleger quem deverá representá-los. (2000, p. 371)

Com a democracia por meio de representantes políticos, deu-se surgimento ao que se conhece hoje como a eleição.

Isso não quer dizer que os antigos não conheciam o instituto da eleição, pelo contrário, esta também era necessária em sua democracia, como meio de se escolher magistrados

para determinados casos específicos e estritamente necessários. A eleição no governo dos antigos era tida como uma verdadeira exceção.

Assim, alude, Norberto Bobbio:

[…] a eleição era considerada uma necessária e útil correção do poder direto do povo, não como ocorre hoje nas democracias modernas, para as quais a eleição constitui uma verdadeira alternativa em relação à participação direta, salvo pela introdução, em casos específicos expressamente declarados, do referendo popular. Nas duas formas de democracia, a relação entre participação e eleição está invertida. Enquanto hoje a eleição é a regra e a participação direta a exceção, antigamente a regra era a participação direta, e a eleição, a exceção. (2000, p. 374)

Já o referendo popular, defendido por muitos, e tido como resquício da democracia direta dos antigos, não deixa de ter sua função na nova democracia, entretanto, assim como a eleição era exceção na democracia ateniense, o referendo ou plebiscito são vistos também como uma ressalva na democracia dos modernos.

Sobre o instituto do referendo popular, conclui Norberto Bobbio:

Quanto ao referendum, que é o único instituto de democracia direta de concreta aplicabilidade e de efetiva aplicação na maior parte dos Estados de democracia avançada, trata-se de um expediente extraordinário para circunstâncias extraordinárias. Ninguém pode imaginar um Estado capaz de ser governado através do contínuo apelo ao povo: levando-se em conta as leis promulgadas a cada ano na Itália, por exemplo, seria necessário prever em média uma convocação por dia. Salvo na hipótese, por ora de ficção científica, de que cada cidadão possa transmitir seu voto a um cérebro eletrônico sem sair de casa e apenas apertando um botão. (2006, p. 66)

Lipson traz o conceito da democracia moderna frisando seus aspectos legais, nos seus dizeres:

[…] um sistema regularizado de eleições periódicas, com uma livre escolha de candidatos, sufrágio universal para adultos, oportunidade de organização de partidos políticos concorrentes, decisões majoritárias a par de salvaguardas para a proteção dos direitos das minorias, judiciário independente do Executivo e garantias constitucionais para as liberdades civis fundamentais. (1966, p. 90)

Na ideia de Lipson, percebe-se que a democracia baseada na representação política carece, em sua essência, de um amplo esquema de organização, amparado por legislações e regras, garantindo, dessa forma, uma verdadeira e justa participação popular nas questões políticas.

Nessa mudança democrática, da participação direta para a representativa, a *àgora*, praça dos atenienses, desaparece. Neste sentido, discursa Norberto Bobbio:

Na passagem da democracia direta para a democracia representativa (da democracia dos antigos para a democracia dos modernos), desaparece a praça, mas não a exigência de ”visibilidade” do poder, que passa a ser satisfeita de outra maneira, com a publicidade das sessões do parlamento, com a formação de uma opinião pública através do exercício da liberdade de imprensa, com a solicitação dirigida aos líderes políticos de que façam suas declarações através dos meios de comunicação de massa. (2000, p. 387)

O parlamento é o lugar onde os representantes do povo se reúnem para cumprir o dever para o qual foram eleitos, logo, representar o povo. Suas sessões devem ser públicas, e voltadas para seu público, não sendo possível uma verdadeira democracia às escuras, fora da esfera da publicidade, de portas fechadas para o povo. Representar também é tornar se público.

Porém, nos dizeres de Bobbio, “isso não significa que toda forma de segredo deva ser excluída: o voto secreto pode ser em certos casos oportuno; a publicidade das Comissões Parlamentares não é reconhecida.” (2000, p. 409)

O processo de democratização, conhecido hodiernamente, resume-se no aumento da possibilidade de um povo eleger seus representantes, estendendo o processo eleitoral ao alcance de uma parcela cada vez maior da população.

A soberania popular, poder absoluto próprio do Estado, já existia na antiga democracia, apenas sendo alterado o modo pelo qual se exerceu. Outrora, diretamente, nas assembleias públicas; atualmente, através do voto.

Vê-se o voto como símbolo da democracia, Norberto Bobbio, assim explana “em suma, o voto, ao qual se costuma associar o relevante ato de uma democracia atual, é o voto não para decidir, mas sim para eleger quem deverá decidir.” (2000, p. 372).

A participação política, mediante o voto e o sufrágio universal, é a base onde a democracia representativa se apoia.

No intuito de distinguir tais institutos - voto e sufrágio universal - Joel J. Cândido dispõe, “o sufrágio é o poder ou o direito de se escolher um candidato; o voto é o modo ou instrumento através do qual se escolhe esse candidato”. (2008, s.p.)

Para José Jairo Gomes, “o sufrágio e o voto não se confundem. Enquanto o sufrágio é um direito, o voto representa seu exercício. Em outras palavras, o voto é a concretização do sufrágio”. (2011, p. 44)

Acerca do sufrágio universal como direito basilar da democracia moderna, Norberto Bobbio expõe:

Se por democracia entendemos, como devemos, um regime no qual todos os cidadãos adultos têm direitos políticos – onde existe, em poucas palavras, o sufrágio universal -, da extensão do sufrágio e que, portanto, por muito tempo existiram Estados parlamentares que eram representativos mas não democráticos. Chamo a atenção para o fato de que na expressão “democracia representativa” deve-se dar relevo tanto ao adjetivo quanto ao substantivo. É verdade que nem toda forma de democracia é representativa (daí a

insistência sobre a democracia direta), mas também é verdade que nem todo Estado representativo é democrático pelo simples fato de ser representativo: daí a insistência sobre o fato de que a crítica ao Estado parlamentar não implica a crítica à democracia representativa, já que, se é verdade que toda democracia é representativa, é igualmente verdade que nem todo Estado representativo é em princípio e foi historicamente uma democracia. (2006, p. 57)

A participação eleitoral, devido às grandes proporções da democracia moderna, se faz necessariamente através de partidos políticos, que organizam seus candidatos às eleições, levando em conta aspirações e filosofias políticas.

Multiplicando-se o número de eleitores sem se poder multiplicar igualmente o número de eleitos, se viu necessários os partidos, que consistem em grupos intermediários agregadores e simplificadores da participação popular. (BOBBIO, 2000, p. 470)

Prosseguindo neste pensamento, Norberto Bobbio explana:

Na verdade, a democracia representativa, que não poderia avançar senão com o progressivo aumento da participação eleitoral até o limite do sufrágio universal masculino e feminino, não apenas não eliminou ou partidos, mas tornou necessários. São eles, em especial mediante o sistema eleitoral proporcional, mas não apenas com eles, como acreditam ou fingem acreditar os novos fautores para agir, na qual Hobbes via a essência da representação política. (2000, p. 469)

Por fim, apesar de seu caráter igualitário garantido pelo sufrágio universal, a democracia moderna muitas vezes teve sua representatividade e participação deturpadas, atendendo a interesses particulares ou de grupos em detrimento do interesse popular.

2 A DISTORÇÃO DE INTERESSES E OUTROS PROBLEMAS DA REPRESENTAÇÃO POLÍTICA

A democracia moderna, pautada na representação política, deve seguir os interesses da nação, não podendo ser aceito qualquer tipo de mandato vinculado.

Ou seja, os representantes não podem se ater ao interesse de um número restrito de representados, normalmente seus eleitores, caso contrário, haveria uma grave deturpação do verdadeiro significado do princípio da representação política.

Sobre este tema, Norberto Bobbio traz um belo exemplo histórico:

Um dos debates mais célebres e historicamente mais significativos que se desenrolaram na Assembleia Constituinte francesa, da qual nasceu a Constituição de 1791, foi o que viu triunfar aqueles que sustentaram que o deputado, uma vez eleito, tornava-se o representante da nação e deixava de ser o representante dos eleitores: como tal, não estava vinculado a nenhum mandato. O mandato livre fora uma prerrogativa do rei, que, convocando os Estados Gerais, pretendera que os delegados das ordens não fossem

enviados à Assembleia como pouvoirs restrictifs. Expressão cabal da soberania, o mandato livre foi transferido da soberania do rei para a soberania da Assembleia eleita pelo povo. Desde então a proibição de mandatos imperativos tornou-se uma regra constante de todas as constituições de democracia representativa e a defesa intransigente da representação política sempre encontrou convictos seguidores entre os partidários da democracia representativa contra as tentativas de substituí-las ou de combiná-la com a representação dos interesses. (2006, p. 37)

A verdadeira representação política se difere da expressão "representação de interesses"; a primeira denota a busca pela concretização de interesses gerais, de toda a nação, já na segunda expressão, fica subentendido a referência a interesses particulares ou de grupos. (BOBBIO, 2000, p. 460)

Segue, neste raciocínio, Norberto Bobbio:

Mas o interesse geral pode verdadeiramente ser representado no sentido próprio da palavra, no seu sentido técnico-jurídico? Esse é o problema. Mas, se assim for, a diferença entre a representação dos interesses e a representação política não está no fato de que uma diz respeito aos interesses e a outra a algo diferente dos interesses, mas no fato de que uma é, propriamente falando, uma representação enquanto a outra não é. (2000, p. 461)

Em uma sociedade composta de grupos autônomos que lutam para fazer valer seus próprios interesses, o princípio da representação política acaba sendo violado constantemente, transfigurando seu objetivo, tornando o mandato dos representantes, erroneamente, vinculado e imperativo.

O representante, uma vez eleito, não pode se por como um homem que busca e luta pelos interesses de seus próprios eleitores, que lhe confiaram seu voto, haja vista que não é representante somente deles, e sim de uma nação inteira. (BOBBIO, 1990, p. 35).

Assim, menciona brilhantemente Edmund Burke, citado por Norberto Bobbio:

Exprimir uma opinião é um direito de todo homem; a dos eleitores é uma opinião que pesa e deve ser respeitada, e um representante precisa estar sempre pronto a escutá-la... Mas instruções imperativas, mandatos aos quais o membro das Assembleias deve expressa e cegamente obedecer, tais coisas são completamente estranhas às leis dessa terra. (BURKE, 1792, vol. 2, p. 15 apud BOBBIO, 1990, p. 35)

Fica claro, portanto, que a proibição ao mandato vinculatório é fundamental para a construção de uma democracia representativa.

Todavia, a problemática do mandato imperativo alcança níveis preocupantes no meio político vigente, visto que ultrapassa a esfera da "representação de interesses" de um grupo de eleitores que elegeram um representante, atingindo também os colaboradores das campanhas destes representantes, cujos interesses normalmente atingem diretamente o âmbito público.

Sobre o problema, as palavras de Norberto Bobbio:

A verdade é que a escassa eficácia da proibição de mandato imperativo, objeto de uma recorrente lamentação dos observadores políticos, sempre derivou do interesse recíproco, tanto dos eleitores quanto dos eleitos, em violá-la. (2000, p. 464)

A rápida multiplicação dos partidos políticos, com permutas constantes de seus candidatos, demonstra uma fragilidade política e ideológica, transmitindo incertezas aos cidadãos.

O jogo de interesses dentro dos partidos e das eleições, que acaba resultando em casos de corrupção por parte dos representantes eleitos, deixa aos eleitores a triste sensação de não poderem mudar a realidade política do país.

A este respeito, afirma sabiamente Celso Fernandes Campilongo:

O crescimento do aparato administrativo dos executivos – com as inequívocas ligações e dependências que se criam entre a iniciativa privada e a burocracia estatal – faz com que, em torno dos múltiplos centros de gerenciamento das políticas públicas, gravitem "anéis" que pressionam, influenciam e determinam o que deve ser "representado". Isso significa que o Governo - em tese a corporificação institucional da "vontade popular" - é muitas vezes conduzido pela "vontade" do estamento burocrático ou pela "vontade" dos grupos privados portadores dos interesses econômicos mais poderosos. A representação política – e, logicamente, o circuito Governo-Parlamento – é de tal forma alijada deste jogo (quando dele não participa sub-repticiamente!) que até sua relevância simbólica como instrumento de legitimidade desaparece. (1988, p. 52)

A participação popular na democracia moderna deveria ser eficaz, direta e livre, mas não é esta a verdade encontrada. A falta destas três características indispensáveis à participação acaba fazendo nascer a apatia política, com a despolitização das massas, que não conseguem reagir aos grandes aparatos dos partidos políticos. (BOBBIO, 2000, p. 259)

Neste sentido, observando a realidade política brasileira, evoca Gilberto Bercovici:

As sociedades, como a brasileira, marcadas pela concentração de renda, pela desigualdade de oportunidades sociais e políticas caracterizam-se pelo fato dos grandes contingentes eleitorais terem um papel secundário na articulação das políticas públicas. Isso, consequentemente, gera a apatia e o desinteresse de boa parte da população pela tomada de decisões políticas. (2005, p. 298)

Os partidos políticos acabam sendo vistos como grupos que buscam atuar em favor de interesses particulares e de seus colaboradores, manipulando seus representantes eleitos, tornando o princípio da participação popular indiferente aos eleitores.

O poder acaba por não emanar do povo, tampouco de seus representantes, mas sim das instituições partidárias.

Noberto Bobbio usa a expressão "partidocracia" para elucidar que a democracia moderna acaba por se debruçar sobre os partidos políticos, que resulta em um excessivo acúmulo de poder destes.

Dessa forma, denota o referido autor:

O termo "partidocracia" reflete esse estado de coisas, gostemos ou não, vale dizer, uma situação na qual quem toma as decisões em última instância não são os representantes como mandatários livres dos eleitores, mas os partidos como mandantes imperativos dos chamados representantes, aos quais dão "instruções" no sentido pejorativo que a palavra sempre teve na boca dos fautores da representação política em oposição à representação dos interesses. Falo de "partidocracia" sem qualquer malícia, dado que nesta palavra, não obstante a habitual conotação fortemente negativa, está contida uma realidade de fato incontrovertível. A soberania dos partidos é o produto da democracia de massa, onde "de massa" significa simplesmente com sufrágio universal. A democracia de massa não é propriamente a "cracia" da massa, mas é a "cracia" dos grupos mais ou menos organizados nos quais a massa, por sua natureza informe, articula-se, e, articulando-se, expressa interesses particulares. (2000, p. 470 - 471)

Outrossim, além da deturpação do conceito de representação e participação política, visualizada através da busca de interesses vinculados no lugar de interesses gerais por parte dos representantes eleitos e dos partidos políticos, existem ainda as campanhas eleitorais que acontecem antes das eleições, onde, dependendo das artimanhas usadas, podem distorcer o verdadeiro sentido do voto, e, por outro lado, enlear ainda mais os representantes eleitos a interesses particulares.

Nas eleições os candidatos tentam conquistar votos, na maioria das vezes, usando e abusando de marketing eleitoral, o que acarreta em campanhas elevadamente onerosas, precisando, assim, de financiadores que doem verbas para a realização destas.

O abuso do poder econômico nas eleições torna-se mais um distúrbio na democracia hodierna.

Sérgio Varella Bruna alude a este respeito:

Destarte, o exercício do poder econômico será legítimo quando não conflite com os valores maiores dessa ordem econômica e com os objetivos por ela visados. Isso equivale a dizer que não se admite o exercício de poder econômico que represente entrave ao desenvolvimento social e à marcha dos fatores sociais com vistas à consecução dos ideais de justiça social. (1997, p. 147)

Tal abuso retira a paridade que as eleições deveriam conter, na medida em que distorce a visão dos eleitores, não permitindo, assim, uma justa escolha de representantes.

As campanhas eleitorais onerosas dependem de financiadores, os quais, em troca de sua ajuda econômica, esperam que seus interesses particulares sejam buscados e defendidos pelos representantes financiados, caso estes se elejam.

Nesse cenário é que emerge a questão do financiamento exclusivamente público das campanhas eleitorais, que visa evitar o abuso econômico e o jogo de interesse nas campanhas e nos partidos políticos, objetivando manter similaridade nas eleições.

3 O FINANCIAMENTO PÚBLICO DE CAMPANHAS ELEITORAIS

No Brasil adota-se o sistema de financiamento misto de campanhas eleitorais, no qual os candidatos podem receber doações públicas e privadas, tanto de pessoas jurídicas quanto de pessoas físicas.

Com a escassa contribuição pública, que se restringe a pequenas verbas oriundas do Fundo Partidário, e ao horário político gratuito, o candidato, para realizar sua campanha, atendendo aos moldes caros das campanhas de seus concorrentes, precisa buscar doações com eleitores e com empresas privadas, sendo que, como já visto, a maior parte arrecadada vem das pessoas jurídicas de direito privado, o que aumenta cada vez mais os gastos dispendidos no período pré-eleitoral; é um círculo vicioso, quanto mais caras ficam as campanhas, mais os candidatos necessitam de doações privadas.

As campanhas eleitorais milionárias distorcem o verdadeiro sentido do pleito, favorecendo a troca de favores entre os financiadores privados e seus candidatos financiados, que caso forem eleitos, deverão privilegiar de alguma forma seus financiadores, ou melhor, seus investidores. Seria ingênuo acreditar que quantidades vultosas de dinheiro como estas sejam oferecidas sem que haja qualquer interesse de contrapartida por parte dos empresários doadores.

Dessa forma, o afastamento popular do atual modelo de representatividade política fica ainda mais agravado com a existência das campanhas financiadas por empresas ligadas diretamente aos candidatos, na intenção de que esses defendam prioritariamente seus interesses em seus mandatos.

Como resultado direto desse jogo de influências, vemos uma clara inversão de prioridades na política brasileira. No Legislativo, por exemplo, projetos de cunho progressista caminham a passos lentos, enquanto interesses de pequenos grupos ligados ao poder econômico e simbólico são contemplados com surpreendente velocidade.

O primeiro argumento favorável ao financiamento público é o de que ele pode proporcionar igualdade no pleito, dando condições iguais aos partidos políticos, que vêm a receber dinheiro apenas de fundo público para o custeio da campanha de seus candidatos.

Sobre a igualdade proporcionada pelo financiamento público, Marcelo Passamani Machado alude:

[...] o financiamento público colocaria todas as agremiações em condições relativamente iguais, o que contribuiria para o aumento da competitividade nos pleitos, uma vez que partidos mais à esquerda do espectro ideológico poderiam fazer frente aos partidos mais bem relacionados com o empresariado, os quais, em um ambiente de financiamento privado, contariam com a decisiva vantagem propiciada pelo poder econômico. (2008, p. 203)

O financiamento público tem caráter altamente democrático, pois garante o mesmo nível econômico aos partidos políticos, independentemente do nível econômico de seus doadores. (SAMUELS, 2003, p. 384)

Defende-se também que, com o financiamento público, haveria uma enorme redução dos gastos nas campanhas eleitorais. Dependendo apenas das verbas oferecidas pelo governo, os partidos políticos seriam forçados a reduzir as despesas das campanhas, que são, como já visto, na sua maioria, concentradas nas propagandas em meios de comunicação de massa e no marketing eleitoral.

Com esta diminuição "forçada" dos gastos nas campanhas, resultando também na redução das propagandas eleitorais e do marketing, mais um problema do sistema atual se vê resolvido, na medida em que as campanhas eleitorais não seriam mais um ambiente de mercado, o eleitor se veria livre para escolher o seu voto, calcado nos debates ideológicos e de intenções reais dos candidatos. O debate político se tornaria mais sério.

Consequentemente, as campanhas custeadas apenas com dispêndios de recursos públicos também tornariam as instituições partidárias mais fortes, haja vista que neste modelo são os partidos que recebem e controlam as verbas recebidas, e não os candidatos, que teriam que compartilhar as ideologias e objetivos do partido que escolheu ao invés de se filiar a ele apenas para suprir interesses pessoais momentâneos. Assim, os partidos poderiam cumprir melhor sua verdadeira função na democracia representativa moderna.

Por existir apenas uma fonte de recursos destinados às campanhas, apenas um financiador, que seria o Estado, a contabilização dos gastos finais destas ficaria mais simples e fácil de ser divulgada, tornando-as mais transparentes aos eleitores, revelando outro aspecto positivo do financiamento público. Ademais, no caso de qualquer irregularidade, as investigações seriam, evidentemente, menos complexas, "seria possível saber perfeitamente quem doou, quem recebeu, quanto foi doado e quanto foi gasto." (MACHADO, 2008, p. 204)

Ademais, o argumento principal e mais usado quando se fala em financiamento público de campanhas eleitorais é a diminuição da corrupção, com a extinção da troca de interesses particulares entre financiadores e financiados.

Os partidos políticos e candidatos, por conta do financiamento exclusivamente público, não mais se sujeitariam a investimentos privados de financiadores interessados em obter vantagens após a eleição, reduzindo os casos de improbidade administrativa.

Com relação à divisão dos recursos destinados aos partidos políticos para o financiamento das campanhas eleitorais, deve-se tomar certo cuidado ao dispor sobre essa matéria no projeto de lei regulamentando o financiamento público.

Se o critério for igualdade entre os partidos, muitos poderão fundar instituições partidárias apenas para se aproveitar das verbas públicas, "provocaria uma verdadeira 'corrida' em direção à fonte de recursos públicos, atraindo-se, com isso, toda sorte de oportunistas". (MACHADO, 2008, p. 205)

Esta forma de divisão do montante igualmente entre os partido, sem a observação de qualquer critério, não é muito aceita pelos defensores do financiamento público, mas sim, a forma de fracionamento proporcional aos votos recebidos pelos partidos, ou ao número de eleitores filiados a eles.

Nessa seara, encontra-se a crítica mais consistente ao financiamento público, que diz respeito à forma como seriam divididos os recursos provenientes do Estado entre os partidos políticos.

Outrossim, no caso de levar em conta os votos obtidos por cada partido na última eleição e calcular proporcionalmente a eles a distribuição dos recursos, como ocorre com o Fundo Partidário, as instituições políticas menores ou mais novas, que ainda não obtém grande aceitação do eleitorado, receberão apenas uma pequena parcela dos recursos públicos destinados aos partidos.

Com escassez de dinheiro, os pequenos partidos políticos não ficariam em pé de igualdade com os maiores, e poderiam vir a se unir a eles, gerando o bipartidarismo, com o engessamento da classe partidária, aumentando as dificuldades para o surgimento de novos partidos.

Apesar de esta crítica servir para acautelar o legislador na hora de dispor sobre a matéria de distribuição dos recursos no sistema de financiamento público, ela não é válida, bastando observar a realidade partidária brasileira, com o sistema atual de financiamento, e enxergar as desigualdades gritantes já existentes entre os partidos.

Atualmente, os pequenos partidos políticos precisam estar atrelados aos grandes para se sustentarem financeiramente, pois, por não possuírem contato direto com poderosos financiadores privados, sobrevivem através de verbas repassadas por estes partidos. Essa dependência econômica gera, assim como na relação entre o candidato e o seu financiador privado, trocas de favores entre os partidos, onde o pequeno cede às vontades do grande.

No sistema de financiamento público, em caso de distribuição de recursos proporcionais aos votos recebidos, as verbas destinadas aos partidos com menor quantidade de votos não seriam tão singelas como são atualmente no Fundo Partidário, haja vista que deverão ser suficientes para custear todas as atividades eleitorais dos partidos, que contariam apenas com esse dinheiro público em suas campanhas.

Dessa forma, os partidos políticos de pequeno porte não mais necessitariam da ajuda dos grandes partidos, evitando a troca de interesses entre eles, sendo isso, mais um ponto favorável do financiamento público de campanhas.

Nas palavras de Delia Rubio, o financiamento público traz os seguintes benefícios sobre o financiamento privado:

Gera condições de competição eleitoral equitativa; promove a participação de partidos ou candidatos que carecem de recursos e não têm capacidade de arrecadação; evita a pressão direta ou indireta dos capitalistas e doadores sobre os atores políticos; diminui a necessidade de fundos dos partidos e candidatos; reduz o potencial de corrupção; contribui para a sustentação e o fortalecimento dos partidos como atores fundamentais para o funcionamento das democracias representativas. (2005, p. 8)

Com todas estas vantagens que o financiamento público tem sobre os outros modelos de financiamento de campanha, o mesmo vem a ser de extrema importância para uma verdadeira reforma política no Brasil, melhor atendendo aos princípios da representatividade e da participação popular, cruciais para a concretização da democracia.

Nesse diapasão, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil propôs Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4650) ao Supremo Tribunal Federal, requerendo a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei dos Partidos Políticos (Lei 9.906/95) e da Lei das Eleições (Lei 9.504/97) que autorizam a doação de recursos de pessoas jurídicas para campanhas eleitorais.

O Conselho da OAB argumentou que o modelo favorece o poder econômico no processo eleitoral e cria desigualdades políticas, ao permitir que doações para campanhas sejam feitas por pessoas jurídicas de forma direta ou indireta.

A ADI 4650 foi recentemente julgada procedente pelos Ministros do STF, mudando os rumos do "jogo político" para as próximas eleições, e, como há de se esperar, beneficiando deveras a democracia brasileira.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em linhas gerais, pode-se concluir que o financiamento público de campanhas é um avanço à democracia representativa, pois, diminui a influência de grupos poderosos sobre os representantes, reduz os gastos com as campanhas, aumenta a igualdade entre candidatos e partidos no pleito, torna a contabilização dos gastos totais das campanhas mais transparentes, e, especialmente, tende a diminuir a corrupção.

É preciso esclarecer, entretanto, que o financiamento público de campanhas, por si só, pode não resolver as distorções existentes em nosso sistema político, caso o dinheiro privado continuar financiando campanhas, por meio do famigerado "caixa-dois", e, assim, manter sua influência nas decisões dos políticos.

Dessa forma, mostra-se veemente aliar a reforma do sistema de financiamento de campanhas à necessária valorização das instituições do Estado responsáveis pela fiscalização dos gastos eleitorais, e um eficaz sistema de leis que responsabilizem os infratores, para que as irregularidades à época das eleições, hoje tão comuns, tenham, realmente, a menor ocorrência possível.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Fernando de Brito. Constituição e participação popular: a construção histórico-discursiva do conteúdo jurídico-político da democracia como direito fundamental. Curitiba: Juruá, 2013.

BERCOVICI, Gilberto. O impasse da democracia representativa. In: ROCHA, Fernando Luiz Ximenes; MORAES, Filomeno. *Direito Constitucional Contemporâneo*: Estudos em homenagem ao Professor Paulo Bonavides. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

BIGNOTTO, Newton. Corrupção e Estado de direito. In: ANASTASIA, Fátima; AVRITZER, Leonardo (orgs.). *Reforma política no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006, p. 82-86.

BOBBIO, Norberto. *Estado Governo Sociedade:* Para uma teoria geral da política. 14ª ed.,São Paulo: Paz e Terra, 2007.

_____. *Teoria Geral da Política: A Filosofia Política e as Lições dos Clássicos*. 20ª reimpressão, Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

_____. *Liberalismo e Democracia*. 3ª ed., São Paulo: Brasiliense, 1990.

_____. *O futuro da democracia*. 10ª ed., São Paulo: Paz e Terra, 2006.

_____; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Brasília: Editora UNB, 2007.

BRUNA, Sérgio Varella. *O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Representação Política.* São Paulo: Ática, 1988.

CAGGIANO, Monica Herman Salem. *Finanças Partidárias*. Brasília:Senado Federal, 1983.

_____. Eleições 2002: O financiamento das campanhas eleitorais e seu controle. Enquadramento jurídico. In: *Revista Direito Mackenzie*. São Paulo, vol.3, 2001.

_____. Corrupção e financiamento das campanhas eleitorais. In: ZILVETI, Fernando Aurelio; LOPES, Sílvia (org.) .*O regime democrático e a questão da corrupção política*. São Paulo: Atlas S.A., 2004.

CANDIDO, Joel José. *Direito Eleitoral Brasileiro*. 13ª ed., Bauru: Edipro, 2008.

CERVELLINI, Silvia. Marketing político e marketing comercial: "uma reflexão". In: FIGUEIREDO, Rubens (org.) .*Marketing político e persuasão eleitoral*. São Paulo: Konrad Adeanuer, 2000.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A reconstrução da democracia*. São Paulo: Saraiva, 1979.

FIGUEIREDO, Rubens. O marketing político: entre a ciência e a falta de razão. In: FIGUEIREDO, Rubens (org.) .*Marketing político e persuasão eleitoral*. São Paulo: Konrad Adeanuer, 2000.

FILGUEIRAS, Fernando. Marcos teóricos da corrupção. In: AVRITZER, Leonardo; BIGNOTTO, Newton; GUIMARÃES, Juarez; STARLING, Heloisa M. M. (orgs.). *Corrupção: ensaios e críticas*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008, p. 353-362.

FORMIGA-XAVIER, Carlos Joel Carvalho de. *A corrupção política e o Caixa 2 de campanha no Brasil*. 2010. Tese de mestrado. Departamento de Ciências Políticas da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010.

GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 7ª ed., São Paulo: Atlas, 2011.

LIPSON, Leslie. *A civilização democrática*. Rio de Janeiro: Zahar, 1966.

MACHADO, Marcelo Passamani. O financiamento das campanhas eleitorais: perspectivas para uma reforma política. In: CAGGIANO, Mônica Herman S. (org.). *O voto nas Américas*. São Paulo: Manole, 2008, p. 183-217.

NICOLAU, Jairo. Notas sobre as eleições de 2002 e o sistema partidário brasileiro. In: *Cadernos Adenauer*, ano IV, n. 1, 2003, p. 14.

OBER, J. Democracia direta. In: Darnton, Robert e Duhamel, Olivier. *Democracia*. Rio de Janeiro: Record, 2001.

RIBEIRO, Renato Janine. Financiamento de campanha (público versus privado). In: AVRITZER, Leonardo; ANASTASIA, Fátima (org.). *Reforma política no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006.

ROLLO, Alexandre Luis Mendonça. Propaganda eleitoral no rádio e na televisão. In: ROLLO, Alberto (org.). *Propaganda eleitoral: teoria e prática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ROUSSEAU, J. Jacques. *O Contrato Social.* Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

RUBIO, Delia F. Financiamento de partidos e campanhas – fundos públicos *versus* fundos privados. *Novos Estudos Cebrap,* São Paulo, nº 73, novembro, p. 5-15, 2005.

SAMUELS, David. Financiamento de campanha e eleições no Brasil: o que podemos aprender com o "caixa um" e propostas de reforma. In: BENEVIDES, Maria Victoria; VANNUCHI, Paulo; KERRCHE, Fábio (orgs.). *Reforma política e cidadania*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2003.

SOBIERAJSKI, Denise Goulart S. *Financiamento de campanhas eleitorais*. Curitiba: Jaruá, 2002.

ZOVATTO, Daniel. Financiamento dos partidos e campanhas eleitorais na América Latina: uma análise comparada (tradução de Pedro Maia Soares. In: *Opinião Pública*, vol. XI, n. 2, 2005, p. 287-336.

CAPÍTULO XIX

PROBIDADE E A NOVA PERSPECTIVA DO INTERESSE PÚBLICO: SUA RESSIGNIFICAÇÃO NO ATUAL CONTEXTO HISTÓRICO-LINGUÍSTICO BRASILEIRO

Osvaldo Resende Neto[301]
Henrique Ribeiro Cardoso [302]

INTRODUÇÃO

Na última década, o desencadeamento de uma série de acontecimentos no cenário nacional, cujo tema principal é a corrupção, tem provocado os mais acalorados debates políticos.

As discussões estão sendo vivenciadas, hodiernamente, em todos níveis e setores do ambiente político e da sociedade civil. Estende-se desde agremiações político-partidárias, em que seus interesses são defendidos aos gritos na tribuna e no silêncio dos bastidores do jogo político do parlamento, até os embates ideológicos da sociedade civil, inclusive com não raros choques entre manifestantes.

A polarização e o acirramento de ânimos de seus defensores são acentuados pela grave crise econômica que o país vem passando, a qual, segundo muitos, é derivada de toda essa conjectura política.

Em tais momentos, uma das grandes dificuldades do raciocínio jurídico é a capacidade do ser humano em desmistificar questões que outrora facilmente solucionadas, mas que, diante das circunstâncias atuais, o pêndulo do debate se vê puxado de acordo com a vontade do interessado, ainda que de forma inconsciente, como se o seu desejo tivesse o poder de transformar uma realidade discrepante. Uma verdadeira confusão entre o *dever ser* e o *ser*, dentro do panorama da hermenêutica clássica instrumental, onde imperava a relação sujeito/objeto.

[301]Mestrando no Programa de Pós-Graduação de Mestrado em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Sergipe; Especialista em Segurança Pública pela Universidade Federal de Sergipe; Especialista em Gestão Estratégica em Segurança Pública pelo Instituto de Educação Ibituruna. Delegado de Polícia Civil do Estado de Sergipe; Diretor do Departamento de Narcóticos do Estado de Sergipe.
[302] Pesquisador em Estágio Pós-Doutoral no Programa de Pós-Graduação em Democracia e Direitos Humanos da Universidade de Coimbra (IGC/FDUC) e no Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (PPGCJ/UFPB). Doutor e Mestre em Direito, Estado e Cidadania (UGF/Rio; Especialista em Direito Constitucional Processual (FAPESE/UFS); Professor do Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal de Sergipe (Mestrado/PRODIR/UFS); Professor de Programa de Pós-Graduação da Universidade Tiradentes (Mestrado/PPGD/UNIT). Promotor de Justiça Curador da Fazenda Pública em Sergipe (MPSE); Diretor do Centro de Apoio Operacional de Defesa do Patrimônio Público e da Ordem Tributária; Coordenador de Ensino da Escola Superior do Ministério Público (ESMP/SE).

Por outro lado, desde o giro linguístico[303], constatou-se a inevitabilidade da projeção da pré-compreensão no processo de significação da realidade, segundo as lições do filósofo alemão Martin Heidegger em sua obra Ser e Tempo (2012), constituindo o próprio ser o *ser-aí-no-mundo.* A relação se desloca para a dicotomia sujeito/sujeito dentro de um cenário histórico-linguístico.

E esse cenário histórico-linguístico atual, permeado por escândalos de corrupção com envolvimento de agentes públicos, agremiações político-partidárias e inciativa privada, conduzindo a sociedade civil e instituições públicas a um clamor por adoção de medidas eficazes que combatam a impunidade.

Essa reivindicação nos dias atuais é consubstanciada pela pretensão de respeito à coisa pública, em atenção aos ditames nucleares do Estado Democrático de Direito e da própria definição etimológica de República.

Nessa linha, esse trabalho busca examinar a demanda concreta pelo respeito ao patrimônio público material e espiritual, bem como a admissibilidade jurídica da reformulação da máxima *interesse público* no ordenamento jurídico pátrio, tendo em vista a ampliação do seu raio de atuação e do seu poder normativo de eficácia.

O objetivo aqui empreendido é delinear a adoção de medidas jurídicas eficazes na prevenção e repressão da malversação do erário e na boa administração pública, contextualizando o momento social atual dentro de um cenário histórico-evolutivo do direito.

Assim, é imprescindível delimitar que o presente estudo envolve uma proposta ou constatação da releitura da acepção *interesse público* quando relacionada a temas da seara de probidade administrativa – este em seu sentido amplo –, tanto na esfera administrativa, como na penal, com a exposição, ao final, de situações jurídicas em que se verifica sua implementação na realidade jurídica brasileira.

Para tanto, foram realizadas pesquisas sistemáticas de bibliografia nacional e estrangeira, além de exploração da legislação vigente sobre o tema, para se chegar a uma conclusão, ao fim desta exploração dogmática, sobre algumas possíveis consequências da proposta de releitura do conceito de interesse público em consagração do princípio da administração proba.

Antes de adentrar no tema, é relevante expor, ainda que sucintamente, a preocupação histórica com o respeito à coisa pública na seara dos direitos fundamentais e o ambiente pernicioso criado e desenvolvido entre a iniciativa privada e setor público no processo de colonização do Brasil.

1 UMA HISTÓRIA DE DEMANDAS DO HOMEM

A teoria do direito constitucional aborda, dentre as diversas classificações existentes, a que leva em consideração o critério histórico-evolutivo. Nesse raciocínio, os

303 "A partir desse giro pragmático, a filosofia da linguagem passou a desenvolver instrumentos para uma compreensão linguística de problemas históricos..." (COSTA, 2008, p. 137).

direitos fundamentais são categorizados em gerações ou, como outros preferem, em dimensões[304].

Destaca-se que cada uma das gerações ou dimensões de direitos foi erguida para atender novas demandas, surgidas paulatinamente no decorrer da história. Preciosas são as palavras de Bobbio (2004, p. 9):

> ... os direitos não nascem todos de uma vez. Nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem – que acompanha inevitavelmente o progresso técnico, isto é, o progresso da capacidade do homem de dominar a natureza e os outros homens – ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo ou permite novos remédios para as suas indigências: ameaças que são enfrentadas através de demandas de limitação do poder; remédios que são providenciados através da exigência de que o mesmo poder intervenha de modo protetor.

A evolução do homem tem demonstrado que a adoção de novos modelos de direitos é suficiente tão somente durante um certo período, de modo que, superado um espaço de tempo considerável, emergem novas necessidades, que normalmente são supridas temporariamente pela nova geração de direitos, enumerada, didaticamente pela doutrina atual, com o número ordinal subsequente.

Cada novo ciclo de gerações de direitos, que vem a salvaguardar as demandas sociais de uma fase histórica, não suprime e nem exclui os seus antecedentes. Ao contrário, amoldam-se uns aos outros, conferindo eficácia máxima aos direitos fundamentais. Por tal razão, critica-se a expressão "geração", visto que poderia levar à equivocada conclusão de uma nova etapa seria substitutiva e supressora do período anterior, quando, na verdade, são complementares (SARLET, 2010, p. 52-53).

Os constitucionalistas Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2015, p.138) bem explicam:

> Essa distinção entre gerações dos direitos fundamentais é estabelecida apenas com o propósito de situar os diferentes momentos em que esses grupos de direitos surgem como reivindicações acolhidas pela ordem jurídica. Deve-se ter presente, entretanto, que falar em sucessão de gerações não significa dizer que os direitos previstos num momento tenham sido suplantados por aqueles surgidos em instante seguinte. Os direitos de cada geração persistem válidos juntamente com os direitos da nova geração, ainda que o significado de cada um sofra o influxo das concepções jurídicas e sociais prevalentes no momento.

O historiador francês Numa Denis Fustel de Coulanges (2006, p. 15) expôs com perspicácia a importância do passado no processo evolutivo do conhecimento humano:

> Felizmente, o passado nunca morre por completo para o homem. O homem pode esquecê-lo, mas continua sempre a guardá-lo em seu íntimo, pois o seu estado em determinada época é produto e resumo de todas as épocas anteriores.

[304] O discurso acerca do vocábulo mais apropriado – "dimensão" ou "geração" – para a caracterização histórico-evolutiva dos direitos fundamentais "não deslegitima a imagem metafórica e o seu inerente simbolismo, desde que, à evidência, se esteja ciente de que ela não reproduz o devir histórico dialético e dinâmico que marca a formação e reconstrução dos direitos e deveres fundamentais ao longo dos tempos" (SARLET, 2010, p. 57).

> Se ele descer a sua alma, poderá encontrar e distinguir nela as diferentes épocas pelo que cada uma deixou gravada em si mesmo.

Não se objetiva neste trabalho a exposição minuciosa das dimensões do direito[305], mas tão somente expor seu vínculo com as novas necessidades do homem social que vão surgindo no curso da história.

Mendes, Coelho e Branco (2000, p. 54) recordam com perspicácia:

> Esse ir e vir compreensivo, que atravessa séculos e gerações, vai progressivamente enriquecendo e ampliando os objetos com novas interpretações, que nem pelo fato de serem diferentes invalidam as interpretações anteriores, num processo de superação e, ao mesmo tempo, de conservação e absorção de resultados.

No entanto, para a caracterização do contexto histórico-linguístico brasileiro atual é imprescindível a análise de conceitos que circulam em torno do *interesse público*, conforme se verá adiante, para que, posteriormente, tornar-se possível melhor analisar hermeneuticamente uma possível correlação existente entre ambos temas.

2 O POVO COMO MANIFESTAÇÃO POLÍTICA E SOCIAL DA COLETIVIDADE

Tratar da releitura que envolve o *interesse público*, na conjectura histórico-linguística, atual, requer preliminarmente alguns apontamentos sobre sua noção de *povo*. Longe de deter um sentido único e unânime, a acepção sobre o seu significado possui uma variedade tamanha que pode gerar confusões e equívocos a depender do contexto em que esteja sendo utilizada, de tal modo que requer a prudência de um prévio esclarecimento acerca da sua leitura em determinada situação.

Em sentido meramente numérico, corresponde à demografia, que contempla um conjunto de pessoas que habita determinado local, podendo ser os indivíduos que residem em um Estado ou que nele estejam, ainda que transitoriamente[306]. Nesses termos, compõem a população todos as pessoas residentes ou presentes no território estatal, em determinado momento, inclusive estrangeiros e apátridas (BONAVIDES, 1993, p.57).

Outra noção de povo se relaciona com o aspecto racional e étnico, que seria, *a priori*, preservado pela reprodução natural. Esse aspecto serviu maliciosamente para

---

[305] Ao se examinar a teoria dos direitos fundamentais, costuma-se remeter o leitor às lições proferidas pelo jurista tcheco-francês KarelVasak, em sua aula inaugural de 1979, no Curso do Instituto Internacional dos Direitos Fundamentais do Homem, em Estrasburgo, na França, onde se delineou os direitos fundamentais sob um critério histórico-evolutivo, consagrando-os, pela primeira vez, em gerações (MARMELSTEIN, 2008, p.42).

[306] Fugindo da literalidade restritiva do art. 5º, *caput*, da Constituição Federal (todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade), Mendes e Branco (2015, p. 173) recordam que a referida norma constitucional também contempla os estrangeiros não residentes no país. "O respeito devido à dignidade de todos os homens não se excepciona pelo fator meramente circunstancial da nacionalidade".

fundamentação de ideologias autoritárias e racistas, a exemplo da doutrina nazista entre as grandes guerras, como ensina Soares (2004, p. 172-173):

> Os pressupostos da nação racial, *i. e.*, comunidade popular de sangue e raça, vinculam-se às noções de povos e da comunidade. Aquela concebida no nazismo, como uma realidade ética, baseada em princípios de caráter racista e esta significando a 'entificação' do povo, a sustentação do coletivo, a existência de total comunhão entre os que participavam do 'espírito do povo' através de sua encarnação e identificação com o ser superior vivo e real, que é a 'comunidade'. A passagem desse 'espírito do povo' para a esfera do poder político fez-se através da figura do *Führer*, que assumiu a direção e guia do povo. Com a ascensão e queda do nazismo, restou demonstrada a insuficiência dos critérios objetivos utilizados para a compreensão de nação, os quais, além de sua degeneração para o racismo e xenofobia, implicavam somente certas hipóteses e possibilidades de uma conexão do povo.

Buscando a etimologia da palavra, rememora-se os tempos de Roma, onde seu conceito se confundia com o de *populus*, relacionando-se com a participação dos cidadãos nos negócios de interesse geral.

Nota-se que, assim como na Grécia, essa definição abrangia apenas uma pequena parcela privilegiada de indivíduos existente no território, restringindo-se apenas aos detentores de certos direitos, dentre os quais o de participação nas decisões políticas da coletividade. Como acentua Silva (2009, p.137):

> Para a democracia grega, povo era apenas o conjunto dos homens livres, excluída a massa dos libertos. Como a maioria dos indivíduos era escrava e libertos, os quais não gozavam de cidadania, não entravam no conceito de povo, aquela democracia era o regime da minoria e em seu favor existia.

Durante a Idade Média, devido à grande submissão ao poder eclesiástico e temporal, que lhe retirava o mínimo de poder político, não foi possível uma caracterização precisa quanto a sua participação nas decisões fundamentais.

Após a Revolução Francesa, é que emergiu a concepção de povo desprendia da noção de classe, não se discriminando os componentes do Estado. Nesse momento, busca-se a consolidação do sistema representativo em um regime democrático. Era o *povo* em seu sentido político, revelado na manifestação do poder constituinte originário (Soares, 2004, p. 166).

Essa acepção política de *povo* é mencionada pelo abade Sieyès em *Qu'est-ce que le Tiers État*[307], durante a Revolução Francesa, como sendo a definição de nação, conforme o moderno entendimento da Teoria do Estado.

307 "O que é o Terceiro Estado? Enquanto o filósofo não ultrapassar os limites da verdade, não deverá ser acusado de ir longe demais. Sua função é marcar o objetivo, devendo, pois chegar até ele. Se, durante o caminho, ousasse levantar sua insígnia, ela poderia não ser verdadeira. O dever do administrador, ao contrário, é o de combinar e graduar sua marcha, de acordo com as dificuldades. Se o filósofo não busca seu objetivo, ele não sabe onde se encontra; se o administrador não vê o objetivo, não sabe para onde vai. O Plano deste trabalho é muito simples. Devemos responder a três perguntas: 1ª) O que é o Terceiro Estado? – Tudo. 2ª) O que tem sido ele, até agora, na ordem política? – Nada. 3ª) O que é que ele pede? – Ser alguma coisa. Vamos ver se as respostas estão certas. Examinaremos, em seguida, os meios experimentados e os que deverão ser utilizados a fim de que o Terceiro Estado consiga ser,

Já a doutrina brasileira, por intermédio de Nader (2015, p. 131-132), traz *povo* e *nação* como realidades distintas:

> A população que vive em um Estado pode caracterizar-se como *povo* ou *nação*. O conceito de ambos, porém, não se confunde. Denomina-se *povo* aos habitantes de um território, considerados do ponto de vista jurídico, como indivíduos subordinados a determinadas leis e que podem apresentar nacionalidade, religião e ideias diferentes. *Nação* é uma sociedade formada por indivíduos que se identificam por alguns elementos comuns, como a origem, língua, religião, ética, cultura, e sentem-se unidos pelas mesmas aspirações. Enquanto o povo se forma pela simples união de indivíduos que habitam a mesma região e se subordinam à soberania do Estado, a nação corresponde a uma coletividade de indivíduos irmanados pelo sentimento de amor à pátria. Essa coesão decorre de um longo processo histórico. Como afirmam os autores, *povo é uma entidade jurídica e a nação é uma entidade moral*.

Por sua vez, Carlos Ayres Britto (2006, p.48-49) assevera que, com o surgimento das Constituições, no final século XVIII, o *povo* manifesta o seu sentido político, notadamente como titular do poder constituinte originário, compondo a "encarnação da sociedade política":

> ... no justo momento em que a sociedade consegue dar a si mesma uma nova Constituição, um novo Estado, e uma nova Ordem Jurídica, ela, sociedade, já não é uma sociedade civil. Ela se transmuda e povo. Era uma população, convenhamos, e de repente sobe à dimensão de povo. Salta do meramente demográfico e econômico para o político e histórico. Assim como a água em estado líquido muda a sua forma para se transformar em vapor, sob o efeito do aumento de sua temperatura a um determinado grau. Em estado líquido, a água só se movimenta por si mesma, descendo. Em estado vaporoso, subindo (prova de que, embora a água permaneça água – o salto químico não chega a ocorrer – o seu modo de estar-no-mundo ou de se manifestar num dado momento já não é o mesmo).

O constitucionalista sergipano (BRITTO, 2006, p. 53) prossegue lecionando que "a sociedade humana que plenifica o seu próprio ser político e jurídico, alçando-se à condição de povo, é uma sociedade que se triparte" em: (i) sociedade política: cuja significação foi revelada acima; (ii) sociedade estatal: sob o prisma da sua personalização jurídica ou do poder constituído; e (iii) sociedade civil: quando atua nos marcos da sociedade estatal.

Nesse diapasão, é inquestionável que, embora a multivariedade de acepções de *povo*, sua significação está intrinsecamente vinculada à noção de *interesse público*. Nos próprios dizeres do 1º, parágrafo único, da Constituição brasileira, "todo o poder emana do povo". Tomando as palavras de Abraham Lincoln, "a democracia é o governo do povo, para o povo e pelo povo" (SILVA, 2009, p. 137).

Sobre o assunto, Soares (2004, p.180) dispõe:

efetivamente, alguma coisa. Vamos dizer, então: 1º) O que os ministros tentaram e o que os próprios privilegiados propõem a favor do Terceiro Estado. 2º) O que deveria ter sido feito. 3º) O que ainda não foi feito para que o Terceiro Estado ocupe o lugar que lhe cabe politicamente".

> Todo cargo público, inclusive a magistratura, representa o povo e decide em seu nome. A representação democrática está caracterizada, primordialmente, pela obrigação de obedecer às leis, legitimadas democraticamente (...) A representação democrática está vinculada, pois, ao conceito de função, que se expressa no juramento e no *ethos* democrático dos funcionários públicos, o qual contém três tipos de controle: o cumprimento da lei, a preservação do interesse público e a decisão imparcial e justa.

3 O INTERESSE PÚBLICO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Como foi abordado, o *interesse público* está intimamente relacionado com a própria ideia de coletividade, sendo corolário do regime democrático, cujos postulados devem permear toda atividade estatal e também a iniciativa privada, ainda que estejam sendo debatidas questões estritamente concernentes à esfera individual. Nesse diapasão, deve pautar todas relações jurídicas: dos particulares entre si, deles com pessoas de direito público e destas entre si (BARROSO, 2015, p. 96).

A título de exemplo, pega-se como referência a exigência constitucional de que a propriedade particular deve atender a sua função social, consoante norma prevista no art. 5º, inciso XXIII, da Constituição Brasileira, e na exigência disposta no art. 1.228, § 1º, do Código Civil[308].Mesmo nesses casos, devem estar contemplados os interesses sociais, os quais traduzem a permanente necessidade de persecução ao bem comum, evidenciando-se uma destinação positiva que deve ser dada à coisa privada[309]. "No mundo moderno, o direito individual sobre as coisas impõe deveres em proveito da sociedade e até mesmo no interesse de não proprietários" (GOMES, p. 129).

Cita-se, em se tratando de direito administrativo, que é viciada a finalidade do ato quando o administrador o pratica em descumprimento do interesse público (sentido amplo) ou em desrespeito ao objetivo diverso daquele explícito ou implicitamente previsto em lei[310]. Desse modo, afirma-se que houve desvio de finalidade porque "o fim de interesse público vincula a atuação do agente, impedindo a intenção pessoal" (MEDAUAR, 2013, p. 157). De conseguinte, o ato administrativo praticado com objetivo diverso do interesse público ou específico em lei é viciado.

Buscando uma classificação de origem italiana, obra de Renato Alessi, BARROSO (2015, p. 94-95) detalha que o *interesse público* pode ser *primário* ou

[308]O art. 5º, inciso XXIII, da Constituição de 1998, diz expressamente que "a propriedade atenderá a sua função social". Já o art. 1.228, § 1º, do Código Civil, dispõe que "o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas".

[309]Essa mesma linha de raciocínio consta no enunciado n. 07, aprovado na V Jornada de Direito Civil, com a seguinte redação a respeito da propriedade rural: "Na aplicação do princípio da função social da propriedade imobiliária rural, deve ser observada a cláusula aberta do § 1.º do art. 1.228 do Código Civil, que, em consonância com o disposto no art. 5.º, inciso XXIII da Constituição de 1988, permite melhor objetivar a funcionalização mediante critérios de valoração centrados na primazia do trabalho".

[310]A caracterização do desvio de finalidade pode se dar em seus dois sentidos – amplo e restrito – de modo que se pode concluir que o conceito legal de desvio de finalidade ou de poder, constante no art. 2º, parágrafo único, "e", da Lei n.º 4.717/1965, está incompleto (Di Pietro, 2015, p. 288).

secundário. O primeiro é a razão de ser do Estado e sintetiza-se nos fins – de interesse de toda sociedade – que cabe a ele promover: justiça, segurança e bem-estar social. Para sua defesa há o Ministério Público e a Defensoria Pública e ações de índole coletiva, tais como a ação popular e a ação civil pública para tutela de interesses gerais da coletividade.

Já o *interesse público secundário* reflete os interesses da pessoa jurídica do direito público que seja parte em determinada relação jurídica – União, Estados, Distrito Federal, Municípios e respectivas autarquias e empresas públicas. Em termos gerais, confunde-se com os interesses do erário, em maximizar a arrecadação e minimizar as despesas. São defendidos pela Advocacia Pública.

No tocante a eventuais conflitos com o interesse particular, Barroso (2015, p. 95-96) assevera que o *interesse público secundário* jamais possuirá supremacia *a priori* e abstrata, cabendo ao intérprete proceder a devida ponderação à vista dos elementos normativos e fáticos para o caso concreto. Contudo, diferentemente ocorre nas situações de colisão com o *interesse primário*, vez que este "há de desfrutar de supremacia em um sistema constitucional e democrático", tendo em vista consubstanciar valores fundamentais.

Barroso (2015, p. 96-97) prossegue suscitando a complexidade do debate quando o confronto envolve *interesse público primário* consubstanciado em uma meta coletiva e o *interesse público primário* que se realiza mediante a garantia de um direito fundamental. Estes casos são os mais dificultosos e que se vinculam diretamente o cerne deste trabalho.

Nesses casos de colisões, leciona que o intérprete deverá observar dois parâmetros: a dignidade humana e a razão pública (BARROSO, 2015, p. 96-97):

> O uso da razão pública importa em afastar dogmas religiosos ou ideológicos – cuja validade é aceita apenas pelo grupo dos seus seguidores – e utilizar argumentos que sejam reconhecidos como legítimos por todos os grupos sociais dispostos a um debate franco, ainda que não concordem quanto ao resultado obtido em concreto. A razão pública consiste na busca de elementos constitucionais essenciais e em princípios consensuais de justiça, dentro de um ambiente de pluralismo político (...) O outro parâmetro fundamental para solucionar esse tipo de colisão é o princípio da dignidade humana. Como se sabe, a dimensão mais nuclear desse princípio se sintetiza na máxima kantiana segundo a qual cada indivíduo deve ser tratado como um fim em si mesmo.

Adiante, será suscitada a discussão envolvendo hermenêutica filosófica, em especial a discussão sobre a virada linguística operada no século XX.

4 A VIRADA LINGUÍSTICA HERMENÊUTICA

Um dos primeiros passos quando da conceituação de determinado domínio-de-coisa é inquirir acerca da origem etimológica da palavra. Em se tratando de hermenêutica, afirma-se que provém do verbo grego *hermeneuein*, que significa interpretar, ou ainda do substantivo também grego *hermeneia*, que simboliza a atividade interpretativa (SOARES, 2013, p.13).

De qualquer sorte, o verbo e substantivo gregos refletem a mitologia helênica, referindo-se ao deus alado Hermes, o qual era incumbido da função de mensageiro dos deuses, através da qual exercia a ação comunicativa entre os deuses e os homens, revelando aos humanos a linguagem divina (CAMARGO, 2003, p. 14).

Por sua vez, o vocábulo interpretação advém do latim *interpretare*, concernente a prática de feiticeiros e adivinhos que descobriam ou previam acontecimentos futuros introduzindo as mãos nas entranhas dos animais (SOARES, 2013, p.14).

Não é raro a confusão entre hermenêutica e interpretação. Até porque, na visão clássica, a hermenêutica é concebida como "uma ou um conjunto de teorias voltadas para a interpretação de algo, não apenas de um escrito, mas de tudo o qual se possa atribuir sentido e significado, um filme, uma música, uma pintura, até mesmo uma conversa entre amigos" (FERNANDES, 2014, p. 160).

Em sua tese de doutorado, Alexandre Araújo Costa (2008, p.10-11) relembra a visão tradicional hermenêutica afirmando:

> Em outras palavras, tudo pode ser tomado pelo intérprete como um texto, ou seja, como um objeto interpretável. *Uma mulher dos Balcãs observa as linhas formadas pela borra do café turco, no fundo que bebe há pouco. Essa mulher lê o seu futuro na rede desses traços*. Quem interpreta normalmente atua como se estivesse a desvendar os sentidos *contidos* no texto. A crença de que o sentido é imanente ao objeto faz parte do exercício de quase toda atividade interpretação. *A mulher interpreta as figuras formadas na borra, acreditando que essas linhas têm um sentido. Ela não duvida de que, de algum modo, aqueles traços mostram o seu futuro*. Ou melhor, talvez ela duvide, mas isso não faz diferença, desde que ela atue *como se* as linhas tivessem um sentido a ser *desvendado*.

Classicamente, a hermenêutica é concebida como uma disciplina instrumental em um duplo sentido alternativo: (i) primeiro pode ser entendida como um instrumento que permite ao intérprete o acesso aos desejos e finalidades ocultos do criador da obra; ou (ii) ferramenta que permite o alcance de um sentido objetivo, que se torna evidente e, desse modo, compartilhado por um universo de leitores (FERNANDES, 2014, p. 161). Em ambos, nota-se uma forma de perspectiva filosófica entre sujeito/objeto.Nessas leituras, a interpretação consistiria em desvelar um significado oculto no próprio objeto.

Sob esse prisma, destaca-se a forte influência da Reforma Protestante na medida em que combateu a intermediação da autoridade eclesiástica para revelação dos significados da Bíblia, defendendo que a verdade dos textos sagrados somente seria alcançada por intermédio da superação das dificuldades linguísticas-gramaticais do intérprete. A compreensão dos textos sagrados apenas se concretizaria através da compreensão daquele que crê (COSTA, 2008, p. 68-69).

Seguindo, explicita-se que, na fase de esplendor do racionalismo iluminista, cujos postulados eram uma reação às práticas e tradições medievais, buscou-se a via extrema, porém necessária a época, de reduzir o conhecimento humano ao método racional típico das ciências naturais, de causa e efeito. Nesse entendimento, a verdade era única, absoluta e universal, cabendo ao intérprete por intermédio de um olhar racional e externo desvelá-la. "Portanto, a mentalidade científica moderna compartilha o

pressuposto grego de que existe uma verdade a ser descoberta, mas inova ao defender que o modo de alcançar a certeza da verdade é a aplicação de um método correto" (COSTA, 2008, p. 68-69).

Apenas no início do século XIX, com Friedrich Schleiermacher, o pai da hermenêutica contemporânea, é que se buscou desenvolver uma teoria geral da hermenêutica para os quadros dos conhecimentos humano. O que eram disciplinas fragmentadas, torna-se uma disciplina geral sobre as condições de compreensão, mediante o desenvolvimento de regras que conduzira a uma compreensão objetiva (SOARES, 2013, p. 17).

Em seguida, Wilhelm Dilthey procura na hermenêutica seu projeto para o fundamento das *Geisteswissenschafetn*, as chamadas ciências de espírito, hodiernamente conhecidas como ciências humanas ou sociais aplicadas. Era uma retaliação filosófica à supervalorização dos métodos científicos a-históricos presentes e próprios das ciências naturais. Enquanto as ciências de causa e efeito – ciências da natureza – objetivam explicar os fenômenos, as ciências sociais visam a compreensão do mundo e, para tanto, era imprescindível uma atenção especial para dimensão histórica da experiência (FERNANDES, 2014, p. 161).

Dilthey assevera a existência da circularidade da compreensão, segundo a qual somente pode-se conhecer o que já se conhece[311]. "Se é verdade que um texto nada diz a quem não entenda já alguma coisa daquilo de que ele trata; se também é verdade que ele só responde a quem o interroga facilmente" (MENDES; COELHO; BRANCO, 2000, p. 65-66).

A circularidade da compreensão se concretiza a partir de um pré-conceito (esqueça-se aqui a carga pejorativa do vocábulo), que precede ao nosso mundo de experiência, que vai se enriquecendo na medida que vai interagindo com novos conteúdos. Não se trata de um círculo vicioso, mas uma via de mão dupla produtiva, que se reveem mutuamente, razão pela qual seria melhor designada pela expressão espiral hermenêutica (FERNANDES, 2014, p 168).

Havia sido dado um grande passo, todavia ainda persistia uma perspectiva sujeito-objeto para compreensão objetiva dos fenômenos.

Com a inserção da dimensão histórica no processo de compreensão, vislumbra-se uma abertura mais profunda na perspectiva relação que se estabelece entre a linguagem e racionalidade, ocasionando, no final do século XX,o rompimento da segmentação sujeito/objeto e, em substituição, inaugurando a relação sujeito/sujeito, que é mediada pela linguagem. Era o giro linguístico ou hermenêutico[312] (SOARES, 2013, p. 20).

Heidegger observa que compreender não consiste na atividade desvelamento do objeto. É muito mais. Consiste no *dasein*, isto é, na própria "condição do sujeito se ver

[311]Martin Heidegger (2012, p. 41) afirma que todo perguntar é um buscar. "Toda busca tem sua direção prévia a partir do buscado (...) Como busca, o perguntar necessita de uma direção prévia a partir do que é buscado. O sentido de certo modo já está disponível para nós".

[312]Sobre as expressões giro ou virada linguística ou hermenêutica, Fernandes (2014, p. 166) aduz que "poderíamos apenas trabalhar com a expressão 'giro linguístico', pois em virtude do mesmo, já estaria incluído o giro hermenêutico (na medida em que não há em se falar atualmente em um giro linguístico sem a existência de um giro hermenêutico) ".

em um contexto histórico-linguístico, que molda e fornece um horizonte de sentido" (FERNANDES, 2014, p. 167-168).

Em poucas palavras, Camargo (2003, p. 29) esclarece com perfeição:

> Para Heidegger, a compreensão consiste no movimento básico da existência, no sentido de que *compreender* não significa um comportamento humano do pensamento entre outros que se possa disciplinar metodologicamente e, portanto, conformar-se como método científico. Constitui, antes, o movimento básico da existência humana. *Compreender*, para Heidegger, *é a forma originária de estar aí*, do ser-no-mundo.

Apoiando-se no *dasein* de Heidegger e na dimensão histórica suscitada por Dilthey, Hans-Georg Gadamer, cuja obra principal é Verdade e Método, desenvolve novas bases para hermenêutica fundada no diálogo, no qual os interlocutores tentam atingir um entendimento sobre algo no mundo. Nessa conjectura, as ciências de espírito dispensam a necessidade de desenvolver um método para que possam usufruir status de ciência. "Com o giro hermenêutico de Gadamer, aprendemos que não há método que alcance a verdade sobre objetos e nos mostre de forma pura, absoluta e total. Não temos 'o' olhar, mas sim 'um' olhar sobre determinado objeto"(FERNANDES, 2014, p. 169-170).

Gadamer estabelece que a compreensão humana é histórica, dialética e linguística. É um ato histórico e como tal está sempre vinculada às experiências e ao presente. Diz-se ser dialética porque se firma em um diálogo em que se visa obter um entendimento. Também é linguística porque a experiência ocorre na e pela linguagem. Enfim, não é um processo subjetivo do homem em relação a um objeto, mais uma forma de ser do próprio homem (SOARES, 2013, p. 21-22).

Nesse sentido, não é tarefa da hermenêutica verificar o método para uma apropriada interpretação e nem desvelar o sentido de um objeto, mas refletir sobre a compreensão em si. Essa compreensão em si do indivíduo ocorre por sua situação histórica, a qual se vincula com as ideias de tradição e horizonte. "O ser humano, devido a sua condição histórica, é, por isso, um ser limitado. O horizonte, para Gadamer, é o âmbito de visão que alcança e encerra tudo que é visível a partir de um determinado ponto (CAMARGO, 2003, p. 32).

Bem sintetizando Gadamer, Richard Palmer (1997, p. 211) afirma:

> Na medida em que cada intérprete se situa num novo horizonte, o evento que se traduz linguisticamente na experiência hermenêutica é algo novo que aparece, algo que não existia antes. Nesse evento, fundado na linguisticidade e tornado possível pelo encontro dialético com o sentido do texto transmitido, encontra a experiência hermenêutica a sua total realização.

Delineadas as linhas sobre a virada hermenêutica, prossegue-se imergindo na seara do contexto-linguístico atual no Brasil e sua relação com o *interesse público* quando se tem em foco o respeito à coisa pública.

5 A RESSIGNIFICAÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO

Inicia-se aqui pela expressão que move este trabalho, o *interesse público*, a qual é detentora de sentido filosófico amplo e de conteúdo universalizante, cujo cerne nuclear está disponível no íntimo de cada um de nós, revelado na noção de coletividade.

Tomando licença ao filósofo Heidegger (2012, p. 55), o *interesse público* antes mesmo de sua qualificação jurídica é preliminarmente um conceito fundamental que determina o domínio-de-coisa a nível do prévio entendimento do ser, que vai orientar toda investigação científica:

> Conceitos fundamentais sãos as determinações em que o domínio-de-coisa que fundamenta todos os objetos temáticos de uma ciência acede a um prévio entendimento, o qual conduz toda a sua investigação positiva. Por isso, esses conceitos só recebem sua autêntica confirmação e "fundamentação" mediante uma correspondente prévia inspeção do domínio-de-coisa ele mesmo. Mas na medida em que cada um desses domínios é unicamente conquistado a partir de uma circunscrição efetuada no próprio ente, essa prévia pesquisa que cria conceitos fundamentais nada mais significa do que a interpretação desse ente quanto à constituição-fundamental de seu ser.

Esse entendimento vago e mediano inerente a todos requer uma busca pela delimitação do que realmente o é juridicamente, sem dispensar o aspecto político, remontando as lições teórica-política acerca da formação dos regimes constitucionais, como já explanado anteriormente.

O constitucionalista Mário Lúcio Quintão Soares (2004, p.176) chama atenção para o vínculo intrínseco existente entre interesse coletivo e Estado Democrático de Direito, afirmando que "a democracia no Estado constitucional, fundada no princípio da representação, implica premissa de que os órgãos do Estado não pretendem ser povo, mas representa-lo, fazê-lo presente, atuar em lugar do povo, em seu nome e em seus interesses. "

Portanto, o *interesse público* traduz na conjunção de valores do coletivo que deve orientar a atuação do poder público e da sociedade civil no Estado Democrático de Direito.

O professor Fernandes (2014, p. 286) ensina que "o Estado Democrático de Direito é muito mais quem um princípio, configurando-se em verdadeiro paradigma – isto é, pano de fundo do silêncio – que compõe e dota sentido as práticas jurídicas contemporâneas".

Sendo uma das orientações inerentes ao Estado Democrático[313], que vem manifesto logo no preâmbulo e no *caput* primeiro artigo da Constituição Cidadã de 1988, a sua significação vem sendo reconstruída diante do cenário atual de necessidade de respeito a coisa pública, isto é, aos valores da coletividade, a qual muitas vezes é sacrificada em razão de uma preponderância de direitos ou garantias individuais.

313 A outra orientação seria o respeito aos direitos fundamentais considerados individualmente.

Esclareça-se que não se propõe uma desarrazoada valorização do coletivo, todavia apenas a constatação de sua nova significação a ser levada em consideração por todos no contexto histórico-linguístico de reclamos por respeito a coisa pública, em retaliação à relação nefasta entre o poder público e a iniciativa privada em prol de interesses particulares, construída desde o período de colonial do país até os dias atuais.

Assim, pode-se afirmar que houve uma mudança na pré-compreensão de determinados valores pela coletividade, conforme foi demonstrado nos tópicos anteriores. Essa transformação deverá, ao longo do tempo, refletir na projeção da realidade e vice-versa, em um movimento mútuo e circular, bem delineado pelos dizeres filosóficos de Gadamer e Heidegger, como assinala Fernandes (2014, p. 168):

> ... temos o pensamento de Gadamer, que acabou por lançar novas bases para o desenvolvimento da Hermenêutica. Sua obra principal foi intitulada "Verdade e Método", e seu ponto de partida é a compreensão da dimensão da hermenêutica como diálogo, no qual os interlocutores tentam atingir um entendimento sobre algo no mundo (...) Nesses termos, ele se apoia nos ensinamentos de Heidegger, sobre o dasein (ser-aí), isto é, a condição do sujeito se ver imerso em um contexto histórico-linguístico, que molda e fornece um horizonte de sentido (elemento, simultaneamente, limitador e condição de possibilidade de visão). Com isso, é a partir desse horizonte que a compreensão acontece, e ela se faz a partir de uma determinada tradição, operando-se de maneira circular, de modo que sempre condicionada à revisão das compreensões do indivíduo.

De conseguinte, a própria compreensão do Direito não deverá se esquivar dessa nova realidade, obviamente compatibilizando com demais normas jurídicas ou mediante o recurso da ponderação quando o intérprete tiver que fazer escolhas de normas plausíveis para o caso concreto. "Ponderar princípios opostos que colidem implica em reconhecer que a regra da proporcionalidade em sentido estrito é dedutível do caráter principiológico das normas de direito fundamental" (CARDOSO, 2013, P.229).

Ainda no tocante à ponderação, o professor Luís Roberto Barroso (2015, p. 373) assevera que "consiste ela em uma técnica de decisão jurídica, aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente. A insuficiência se deve ao fato de existirem normas de mesma hierarquia indicando soluções diferenciadas".

CONCLUSÃO

A releitura do *interesse público* implicará inevitavelmente em uma intensa força propulsora que se irradiará por todo ordenamento jurídico, não servindo de orientação somente para o intérprete da norma jurídica, mas para toda atividade em que estiver envolvida interesses diretos ou indiretos da administração pública.

Em uma realidade como a brasileira, é recorrente a carência de eficácia da norma jurídica pelos mais diversos motivos. Entrementes, o "intérprete constitucional deve ter compromisso com a efetividade da Constituição: entre interpretações alternativas e plausíveis, deverá prestigiar aquela que permita a vontade constitucional" (BARROSO, 2015, p. 341).

Decorridos três séculos da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a propagação frequente pela imprensa de novos escândalos de corrupção de servidores públicos e agentes políticos, envolvidos em desvios de vultosos recursos financeiros, conduziram a intensificação do movimento da sociedade civil e das próprias instituições públicas pela promoção de medidas de combate efetivo à corrupção, constituindo um cenário histórico-linguístico peculiar no Brasil.

É notório que o regime jurídico vigorante nas normais que dizem respeito à administração proba, ainda que seja princípio constitucional setorial, não se têm revelado instrumentos idôneos de satisfazer essa nova necessidade, de tal modo que é imprescindível uma releitura significativa e ponderativa do *interesse público* nas questões envolvendo a probidade administrativa, de tal forma a conferir força normativa suficiente para deflagrar toda sua eficácia no ordenamento jurídico.

Esse assunto merece atenção especial, em se tratando de casos em que são discutidas a violação aos postulados da administração proba, visto que é frequente a adoção nos Tribunais de interpretações que desprestigiam o *interesse público* em prol de garantias individuais dos seus supostos violadores, servindo, na prática como instrumento de impunidade nos ilícitos de colarinho branco.

Mattos (2015, p. 17-18) expõe nitidamente o problema:

> Acontece que, no Brasil, a defesa de direitos fundamentais no processo penal se desenvolveu de modo monocular e hiperbólico, tendo em conta que o belo discurso de salvaguarda das garantias individuais só se aplica aos réus de colarinho branco, deixando os acusados da prática de crimes patrimoniais, delitos violentos ou de tráfico de drogas abandonados à própria sorte (...) Nesse contexto, as garantias processuais são tão superestimadas que se esquece que o processo não é um fim em si mesmo, mormente quando milhares de ações criminais são fulminadas à espera do segundo reexame de mérito no Superior Tribunal de Justiça.

O magistrado Moro (2014, p. 1) realiza uma crítica construtiva à tendência interpretativa do Poder Judiciário Brasileiro nos casos de corrupção, em contraposição aos entendimentos normalmente firmados nos julgamentos de infrações comuns[314], retratando que é "imprescindível também mudança de percepção dos juízes quanto aos males da corrupção. Se um terço do rigor contra os criminosos do tráfico de drogas fosse transferido para os processos de corrupção, haveria grande diferença".

Essa crise de respeito à coisa pública que culminou em uma série de acontecimentos negativos a nível nacional pode, conforme dito acima, ter efeitos benéficos, quais sejam: a criação de um ambiente favorável a transformações sociais positivas. Pode-se estar diante de uma oportunidade ímpar de evolução.

---

[314] Interpretações díspares pelos Tribunais com manifestações excessivamente garantistas nas situações de colarinho branco em contraposição a uma visão mais repressora nos delitos comuns. É inegável a insegurança jurídica nas infrações que desrespeitam o princípio a uma administração proba. "He reiterado hasta convertirlo en auténtico *leitmotiv* de estas consideraciones el carácter inequívocamente axiológico de la seguridad jurídica. En sustento de esta tesis nuclear he intentado mostrar que la seguridad jurídica no es un mero *factum* inmanente a cualquier sistema de Derecho, sino un valor del Derecho justo que adquierensu plena dimensión operativa en el Estado de Derecho" (LUÑO, 1994, p. 140).

Quem muito bem retrata os possíveis progressos em questões conflituosas é Lederach(2012, p. 31):

> O conflito nasce da vida. Como ressaltei acima, ao invés de ver o conflito como uma ameaça, devemos entendê-lo como uma oportunidade para crescer e aumentar a compressão sobre nós mesmos, os outros e nossa estrutura social. Os conflitos nos relacionamentos de todos os níveis são o modo que a vida encontrou para nos ajudar a parar, avaliar e prestar atenção (...) O conflito também gera vida: através do conflito nós reagimos, inovamos e mudamos. O conflito pode ser entendido como o motor da mudança, como aquilo que mantém os relacionamentos e as estruturas sociais honestas, vivas e dinamicamente sensíveis às necessidades, aspirações e ao crescimento do ser humano.

Dessa nova realidade significativa, abre-se um maior caminho para a irradiação dos seus postulados em toda administração pública, direta e indireta, e de qualquer dos Poderes constituídos, bem como nas relações com os particulares e nas destes entre si.

O Legislativo também deve ficar atento às mudanças de paradigmas nesse contexto de ressignificação do *interesse público*, seja na sua atividade fiscalizadora do Executivo, seja na melhor readequação da legislação vigente nesse novo modelo. A título de exemplo, mencionam-se a questão do julgamento das contas orçamentárias, da impunidade advinda do foro por prerrogativa de função, dos exíguos prazos prescricionais etc.

Bobbio (2004, p. 32) adverte das dificuldades de sua implementação no mundo real de tudo o que é posto como um ideal. À medida que as pretensões aumentam, a satisfação delas torna-se cada vez mais difícil:

> Poder-se-iam multiplicar os exemplos de contraste entre as declarações solenes e sua consecução, entre a grandiosidade das promessas e a miséria das realizações. Já que interpretei a amplitude que assumiu atualmente o debate sobre os direitos homem como um sinal de progresso moral da humanidade, não será inoportuno repetir que esse crescimento moral não se mensura pelas palavras, mas pelos fatos. De boas intenções, o inferno está cheio.

Uma nova concepção de interesse público, filtrada pelo dever de probidade da Administração, e pelo reconhecimento do direito fundamental à uma Administração proba, requer uma nova postura de todos os envolvidos no processo, incluindo-se aí o cidadão, cada vez mais consciente e participativo, de modo a garantir sua aplicabilidade efetiva, real no mundo concreto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BOBBIO, Noberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
CARDOSO, Henrique Ribeiro. **Proporcionalidade e argumentação: a teoria de Robert Alexy e seus pressupostos filosóficos**. Curitiba: Juruá, 2013.
COSTA, Alexandre Araújo. **Direito e método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica**. Tese de doutoramento apresentado à Universidade de Brasília. Brasília: UNB, 2008.
COULANGES, Numa-Denis Fustel de. **A cidade antiga**. trad. Frederico Ozanam Pessoa de Barros. São Paulo: Editora das Américas, 2006.
DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014.
GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 19. ed. Atualizador: Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. trad. por Fausto Castilho. Campinas: Editora Unicamp; Petrópolis: Editora Vozes, 2012.
LEDERACH, John Paul. **Transformação de conflitos**. trad. Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012.
LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. **La seguridade jurídica**. 2. ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1994.
MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.
MATTOS, Diogo Castor de. **A seletividade penal na utilização abusiva do habeas corpus nos crimes de colarinho branco**. Dissertação de mestrado apresentado à Universidade Estadual do Norte do Paraná. Jacarezinho: UENP, 2015.
MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**, 17. ed. São Paulo: RT, 2013.
MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
MORO, Sérgio Fernando. **Não é dos antros a culpa**. Jornal Folha de São Paulo, edição do dia 24 de junho de 2014.
MORO, Sérgio Fernando; BOCHENEK, Antônio Cesar. **O problema é o processo**. Jornal O Estado de São Paulo, edição do dia 29 de março de 2015.
NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 37. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
PALMER, Richard. **Hermenêutica**. trad. Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições, 1997.
SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
_____, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do estado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CAPÍTULO XX

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE AS POLÍTICAS PÚBLICAS NO TOCANTE AO DIREITO À MORADIA E O RESIDENCIAL VISTA BELA NO MUNICÍPIO DE LONDRINA – PR

Carla Maria Freres Stipp Baptista[315]
Camila Freres Dorotheu Mascarenhas[316]

RESUMO
Este artigo é parte do resultado de uma pesquisa realizada por meio de um projeto de pesquisa e extensão da Universidade Estadual de Londrina, intitulado "Direito à Moradia: Aplicabilidade e efetividade dos instrumentos jurídicos na região metropolitana de Londrina – PR". A metodologia utilizada se pauta em apresentar breves considerações sobre a habitação de interesse social, os marcos regulatórios, políticas habitacionais do município de Londrina e dados coletados em trabalhos de campo realizados no residencial Vista Bela do Programa Federal "Minha Casa, Minha Vida". Tendo como fundamentação que o direito à moradia é um direito fundamental, as políticas públicas municipais e demais esferas de governo devem necessariamente atender ao requisito da moradia digna, e que, no caso do município de Londrina, constatou-se que as necessidades qualitativas não são atendidas devidamente. Demonstra-se que os projetos e programas desenvolvidos pela Companhia de Habitação de Londrina COHAB/LD tiveram um papel centralizador da questão urbana no sentido de amenizar o problema habitacional, entretanto, não passaram de ações pontuais e específicas. Por fim, buscou-se demonstrar por meio de pesquisa realizada no referido residencial, que emborater sido considerado o maior canteiro de obras do país, no tocante a quantidade de residências entregues nos anos de 2011 e 2012**,** estas não proporcionaram o mínimo de qualidade de vida e moradia digna aos moradores, considerando que as residências foram construídas nas franjas do município de Londrina, deixando os moradores a uma distância considerável do centro urbano, ou seja, vivendo consequentemente à margem da sociedade, gerando diversos transtornos no dia a dia e baixa qualidade de vida.

Palavras Chave: Moradia, Políticas Públicas Habitacionais, Estatuto da Cidade, Plano Diretor, Residencial Vista Bela

1 – Introdução

O presente artigo é oriundo de uma pesquisa realizada no Residencial Vista Bela, localizado na cidade de Londrina – PR – Projeto Minha Casa, Minha Vida do Governo Federal. Trata-se de um trabalho realizado por meio de um Projeto de Pesquisa

[315]Advogada, Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina, Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Geografia: Dinâmica Espaço Ambiental da Universidade Estadual de Londrina e Professora de Direito Empresarial e Introdução de Direito CCSA (Centro de Ciências Sociais Aplicadas) da Universidade Estadual do Norte do ParanáNP campus Cornélio Procópio. E-mail: carlastipp@hotmail.com

[316] Advogada, Bacharel em Direito pela Universidade Norte do Paraná,Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Geografia: Dinâmica Espaço Ambiental da Universidade Estadual de Londrina e Especialista em Contratos Empresariais pela Fundação Getúlio Vargas. E-mail: camilafdm@yahoo.com.br

e Extensão do Departamento de Direito Público do Centro de Estudos Sociais e Aplicados – CESA da Universidade Estadual de Londrina denominado: Direito à Moradia: Aplicabilidade e efetividade dos instrumentos jurídicos na região metropolitana de Londrina – PR, coordenado pelo Prof. Dr. Miguel Etinger[317].

O projeto foi realizado nos anos de 2011 a 2015 e teve por escopo o aprofundamento de estudos no âmbito do planejamento habitacional, instrumentos jurídicos e políticas públicas para a efetivação do direito à moradia consagrado na Constituição Federal Brasileira de 1988, ou seja, um estudo crítico de como referidas políticas públicas habitacionais e instrumentos jurídicos vêm sendo utilizados na busca pela efetivação de referido direito no município de Londrina – PR.

A metodologia utilizada neste trabalho foi realizada por meio de levantamento bibliográfico, reuniões semanais do grupo de pesquisa, levantamento de dados junto aos organismos gestores, principalmente a Companhia de Habitação de Londrina - COHAB/LD, estudo e planejamento junto ao Departamento de Estatística do Centro de Ciências Exatas da UEL e trabalho de campo realizado com aplicação de questionários em quatrocentas moradias do Residencial Vista Bela.

A moradia digna, base física da família é considerada no Brasil o sonho maior de todo cidadão brasileiro, portanto, um poderoso fator de estabilidade social e, um direito de extrema importância para se conviver em um estado democrático de direito. Assim sendo, faz se necessário que a máquina estatal adote instrumentos e políticas públicas no sentido de conferir maior efetividade a esse direito.

O presente trabalho buscou tecer breves considerações sobre os marcos regulatórios da política habitacional no município de Londrina – PR, destacando os instrumentos criados como o Estatuto da Cidade, Lei Orgânica do Município de Londrina e o Plano Diretor Participativo, elaborados com intuito de promover o direito à cidade, principalmente no tocante à habitação de interesse social.

Abordou em um primeiro momento o Estatuto da Cidade como instrumento importante para a efetivação do direito à moradia, de forma sistêmica o conjunto de legislações correlatas ao direito à moradia no âmbito municipal e de maneira sucinta o histórico das políticas habitacionais de interesse social do município supracitado desde a implantação da Companhia de Habitação de Londrina – Cohab/LD no ano de 1965, até os dias atuais, tecendo breves considerações sobre os Programas Habitacionais do município.

Por fim, destaca-se a implementação do residencial Vista Bela pelo programa do Governo Federal Minha Casa, Minha Vida no município nos anos de 2011 e 2012, ressaltando suas principais características e dificuldades enfrentadas pelos moradores.

2. O Estatuto da Cidade

[317]Projeto n. 07951 coordenado pelo Professor Doutor Miguel Etinger de Araújo Junior. – Departamento de Direito Público do CESA (Centro de Estudos Sociais Aplicados) da Universidade Estadual de Londrina. A primeira autora foi colaboradora no projeto.

Com o intuito de regulamentar os artigos 182 e 183 da Lei Maior e estabelecer diretrizes para a política urbana foi sancionada com alguns vetos pelo então Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso em 10 de julho de 2001 a Lei Federal nº 10.257, ou seja, o Estatuto da Cidade.(BRASIL, 2001)

A lei também é chamada de Lei de Responsabilidade Social, pois é comparada em razão de sua importância, com a Lei de Responsabilidade Fiscal, e entrou em vigor em 9 de outubro de 2001.

Além de regulamentar os artigos 183 e 182 da Lei Maior, o Estatuto da Cidade como já citado, tem o objetivo de estabelecer as diretrizes da Política Urbana, que por sua vez, visa a ordenar o desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade. Neste diapasão, aponta Oliveira, Paulino e Cunha ([et al], 2013, p. 13):

> A Constituição Federal de 1988 determina que a Política de Desenvolvimento Urbano é responsabilidade do poder público municipal e deve garantir o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e o bem estar de seus habitantes.

Entretanto, ao entrar em vigor, esse Estatuto não adquire plena eficácia, pois sua aplicabilidade é restrita e depende do advento de leis da competência do município, como por exemplo, a Lei do Plano Diretor. Somente com essa e outras leis, é que o Estatuto da Cidade poderá atingir os fins a que se destina.

A lei do Plano Diretor deve ser compatibilizada com as exigências do Estatuto da Cidade, o mesmo ocorre com o Plano Plurianual, a Lei de Diretrizes Orçamentárias e a Lei Orçamentária Anual. De acordo com a urbanista Raquel Rolnik (2001. p. 60):

> O Estatuto da Cidade representa um importante avanço no trato da equação urbanística. Em vez da crença em um suposto planejamento urbano racional e salvador ou de desfiar um receituário de passos e instrumentos que garantam uma cidade perfeita e sem conflitos, estabelece de forma clara e aberta, formas possíveis de diálogo entre planejamento, gestão e política.

É importante ressaltar que a participação da população na elaboração e implementação dos Planos Diretores é essencial para que o Estatuto da Cidade torne-se um instrumento eficaz, pois não basta só a existência de um dispositivo jurídico para que se garanta uma melhora no ambiente urbano. Neste sentido:

> As inovações do Estatuto da Cidade se situam em três campos: um conjunto de novos instrumentos de natureza urbanística voltados para induzir – mais do que normatizar – as formas de uso e ocupação de solo; uma nova estratégia de gestão que incorpora a ideia de participação direta do cidadão em processos decisórios sobre o destino da cidade; e a ampliação das possibilidades de regularização das posses urbanas até hoje situadas na ambígua fronteira entre o legal e o ilegal. (Rolnik, 2001, p. 60)

Assim conclui-se que o Estatuto da Cidade trata-se de um importante instrumento jurídico que utilizado em conjunto com outras leis municipais, vem contribuir deveras no sentido de dar efetividade ao direito à moradia, consagrado constitucionalmente.

3. Marcos regulatórios da legislação habitacional do município de Londrina – PR

Criada em tese, e segundo seu preâmbulo, com a devida participação popular, foi sancionada no dia 5 de abril de 1990, a Lei Orgânica do município de Londrina – PR.

A referida lei é um importante instrumento jurídico, à medida que remete ao plano diretor do município as principais diretrizes no tocante à ocupação do solo, dentre elas a habitação. Dispõe em seu bojo regras claras relativas à moradia, quais sejam:

> Art. 114. A execução da política urbana está condicionada as funções sociais da cidade, compreendidas como direito de acesso a todo cidadão à moradia, ao transporte, ao saneamento [...].
> Art. 115. A propriedade urbana cumpre a sua função social quando atende às exigências da ordenação da cidade, expressa em seu plano diretor e compatibilizada com a política urbana.
> [...]
> Art. 117. Para fins de execução da política urbana, o Poder Executivo exigirá do proprietário adoção de medidas que visem a direcionar o aproveitamento da propriedade, de forma a assegurar:
> I – acesso a todos à moradia;
> II – justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização;
> III – prevenção e correção das distorções da valorização da propriedade;
> IV – regularização fundiária. (LONDRINA,1990).

Percebe-se pela letra da lei, que se faz necessário a adoção de determinadas medidas por parte dos proprietários, com intuito de garantir a toda a população uma distribuição justa de benefícios, bem como de ônus decorrentes de todo o processo de urbanização.

Também aponta o instrumento jurídico supracitado, a diretriz de garantir o acesso a todos à moradia, ou seja, o direito à moradia, direito esse que deve necessariamente vir ao encontro dos anseios da população na elaboração do Plano Diretor de qualquer município. A Lei Estadual nº 5.529/2006, determina que todos os municípios paranaenses tenham o Plano Diretor **(**OLIVEIRA, PAULINO E CUNHA [ET AL.], 2013).

O Plano Diretor Participativo de Londrina foi criado pela Lei nº 10.637/2008, e está previsto na Constituição Federal de 1988 e no Estatuto da Cidade, o qual determina como objetivo principal promover a reforma urbana e garantir a função social da propriedade (OLIVEIRA, PAULINO E CUNHA, [ET.AL], 2013).

É considerada a lei maior do planejamento urbano da cidade, pois, nele estão contidos os requisitos legais necessários a implantação eficiente de uma política habitacional social, estabelecendo prioridades e ações para melhorar a qualidade de vida

da população. Neste sentido, estabelece os objetivos e princípios que devem necessariamente nortear a política de habitação do município, senão vejamos:

> Art. 40. A Política Municipal de Habitação objetiva assegurar a todos o direito à moradia, devendo orientar-se pelos seguintes princípios:
> I - a garantia de condições adequadas de higiene, conforto e segurança para as moradias;
> II - a consideração das identidades e vínculos sociais e comunitários das populações beneficiárias;
> III - o atendimento prioritário aos segmentos populacionais socialmente mais vulneráveis;
> IV - o tratamento da questão habitacional como política do Estado;
> V - a universalização do direito à moradia e à cidade;
> VI - a democratização da gestão urbana;
> VII - a inclusão sócio-espacial da população de baixa renda;
> VIII - a integração da política habitacional às demais políticas urbanas;
> IX - a incorporação dos fundamentos da sustentabilidade sócio-econômica e ambiental;
> X - a adoção de viés sócio-econômico pautado no enfoque da população de baixa renda;
> XI - a integração das políticas habitacionais a outras políticas públicas em geral. (LONDRINA, 2008)

Trata-se, portanto, de um importante instrumento jurídico previsto na Carta Magna e no Estatuto da Cidade, que o poder público e a sociedade civil possuem a disposição para o planejamento do espaço urbano e gestão pública no âmbito municipal.

O referido instrumento possui ampla abrangência, tanto para estabelecer diretrizes e ações para benefício da população, bem como garantir a função social da propriedade. Neste sentido Nygaard (2005, p. 25) aponta:

> A sua ampla abrangência setorial, interferindo tanto no setor habitacional, de transportes, educacional, etc, quanto na própria reorganização administrativa da prefeitura, foi sendo conformado no Brasil de forma progressiva ao longo de décadas, acompanhando, tanto a formação e o crescimento das cidades brasileiras, quanto a ampliação e a diversidade das relações sociais, econômicas e políticas, que se refletiam na transformação dos interesses, funções e limitações do poder público.

A Lei Estadual nº 5.229/2006 estabelece que obrigatoriamente todos os municípios paranaenses que tenham mais de vinte mil habitantes, integrem regiões metropolitanas, possuam áreas turísticas e estejam situados em áreas de influência de empreendimentos ou atividades que causem impacto ambiental possuam o Plano Diretor Participativo. (OLIVEIRA, PAULINO E CUNHA [ET AL.], 2013)

Cabe salientar, que no tocante a habitação, faz parte do Plano Diretor outras leis complementares, como a Lei Complementar de Parcelamento de Solo e Uso e

Ocupação de Solo, entre outras, e sem as quais não se viabiliza a questão habitacional da cidade.

Portanto, é necessário articular-se com toda a legislação supracitada, bem como com as Constituições Estadual e Federal, Estatuto da Cidade e Lei Orgânica Municipal objetivando a criação de políticas públicas eficientes para que o direito à moradia seja concretizado.

4. Histórico de Políticas Habitacionais no município de Londrina – PR

Fundada em 1965, a Companhia de Habitação, Cohab/LD, é o organismo responsável pela política de habitacional na cidade de Londrina – PR.De acordo com dados fornecidos por este organismo, o Banco Nacional de Habitação – BNH, no ano de 1972, desenvolveu no município de Londrina – PR, o PROJETO CURA (Comunidade Urbana para a Recuperação Acelerada), cujo objetivo era o adensamento da população urbana até níveis tecnicamente satisfatórios, assim como eliminar a capacidade ociosa dos investimentos urbanos e reduzir os efeitos negativos da especulação imobiliária, por meio da execução de obras de infra-estrutura. A localização dos imóveis se deu em áreas beneficiadas por investimentos públicos. (Baptista, 2002).

Inicia-se, portanto, na década de 70 a formação de grandes conjuntos habitacionais populares, construídos em áreas distantes do centro da cidade. A aplicação do CURA no município de Londrina, ao contrário do que se previa, constituiu um exemplo de incentivo a especulação imobiliária, pois o projeto favoreceu aos proprietários privados que já moravam nas áreas beneficiadas e aos que adquiriram terrenos durante o período de elaboração do referido plano, não atendendo assim os objetivos da criação do programa.

Com a criação do Banco Nacional de Habitação - BNH, por meio da Lei Federal nº 4.380 em agosto de 1964, nasce o Serviço Federal de Habitação e Urbanismo - Serfhau. (NYGAARD, 2005).

No município de Londrina, os anos de 1977 a 1984 representam a maior quantidade de unidades habitacionais produzidas, o que também corresponde ao período de atuação predominante do Serfhau (CORDEIRO, STIPP e ZANON, 2014).

O supracitado programa surgiu com intuito de atender os anseios, principalmente de profissionais da área de engenharia, que reivindicavam melhorias no tocante a problemática habitacional. Neste sentido:

> O Serfhau parece ter sido uma resposta institucional às pressões dos engenheiros e arquitetos que reivindicavam uma maior consideração aos aspectos técnicos do problema habitacional, já que as manifestações oficiais eram no sentido de que o problema da insuficiência de habitações populares era, fundamentalmente, de natureza financeira. (Nygaard, 2005, p.97).

No município de Londrina e segundo a Cohab/LD, no ano de 1982, foi somente construído, pelo Programa de Erradicação de Sub-Habitações - Promorar, um

único conjunto com 320 unidades em local distante das áreas urbanizadas e sem acesso regular a cidade.

O transporte coletivo era precário, ou seja, não havia linhas de ônibus regulares que atendessem devidamente os moradores do conjunto habitacional, o que refletia na falta de oportunidades de trabalho e emprego, bem como aumento significativo da violência e marginalidade, problemas gerados devido à estratificação espacial.

Já na década de 90, houve um verdadeiro abandono por parte do governo federal no tocante a criação de políticas públicas de moradia que buscasse atender a população de baixa renda, especificamente, a da faixa de 0 à 3 salários mínimos. Não houve na década incentivo e linhas de crédito que atendessem a população mais carente.

Assim, com a CEF (Caixa Econômica Federal), assumindo o SFH (Sistema Financeiro de Habitação), a situação da política habitacional no município se agrava, considerando que os financiamentos passaram a serem pautados em rendimentos superiores, afastando a população cuja renda não ultrapassava 3 salários mínimos.

Em agosto do ano de 2000, foi criado o Projeto Habitare – Residência Unifamiliar em Blocos Cerâmicos Estruturais por meio de convênio com a Financiadora de Estudos e Projetos, Ministério da Ciência e Tecnologia – Finep e a Caixa Econômica Federal - CEF.

A pretensão do projeto foi a de contribuir para que o setor de edificações da cidade de Londrina viesse a oferecer moradias com melhores desempenhos e custos menores, atingindo principalmente as famílias de baixo poder aquisitivo.

Com o mesmo intuito, ou seja, o de oferecer moradias às famílias de baixa renda, também no ano de 2000 surgiu o Programa Habitar Brasil, que teve como objetivo elevar os padrões de habitabilidade e de qualidade devida em localidades urbanas ou rurais, situadas em áreas de risco e ocupadas por sub-habitações – favelas, mocambos, palafitas e cortiços, onde vivem predominantemente famílias com renda mensal de até 3 salários mínimos, e prioritariamente atender os municípios integrantes do Programa Comunidade Solidária.

Assim, com a implementação do Programa Habitar Brasil, o município e a administração pública passam a adotar estratégias para o fomento da habitação que atendam a população na faixa de 0 a 3 salários mínimos, como o desenvolvimento do Pemas – Plano Estratégico Municipal para Assentamentos Precários.

A partir dessa iniciativa, outras foram impulsionadas em parceria com o governo federal, o PAR – Programa de Arrendamento Residencial e o PSH – Programa de Subsídio à Habitação de Interesse Social. De lá para cá o que se percebe é uma ampla produção de unidades habitacionais encampadas pela COHAB /LD por meio de programas de governo como o Minha Casa, Minha Vida. (CORDEIRO, STIPP e ZANON, 2014).

Segundo a COHAB/LD, no município de Londrina, o então Prefeito, Nedson Micheletti, no ano de 2002, assinou contrato com a Caixa Econômica Federal – CEF, para desenvolver o Habitar Brasil em dois conjuntos localizados na zona oeste.

O recurso total seria de R$ 6.321.690,67 (seis milhões, trezentos e vinte e um mil, seiscentos e noventa reais e sessenta e sete centavos), sendo que R$ 1.869.463,67

(um milhão, oitocentos e sessenta e nove mil, quatrocentos e sessenta e três reais e sessenta e sete centavos) de contrapartida do município e R$ 4.452.227,18 (quatro milhões, quatrocentos e cinquenta e dois mil, duzentos e vinte e sete reais e dezoito centavos) viabilizado a fundo perdido pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID.

A previsão era para a regularização fundiária de novecentos e noventa e três famílias dos dois bairros, construção duzentos e oitenta e sete residências, cento e trinta e três ligações domiciliares de água, setecentos e noventa e cinco esgotamentos sanitários, cento e trinta e três ligações de rede elétrica, um centro comunitário, uma quadra poliesportiva coberta, um centro de atividades econômicas e uma unidade básica de saúde. Também foi prevista a instalação infra-estrutura (asfalto e galerias pluviais), e o remanejamento de cento e treze famílias que ocupavam fundos de vale, bem como a revitalização de áreas degradadas.

Pelo referido programa as mil cento e setenta e oito famílias receberiam apoio para a organização comunitária, educação sanitária e ambiental, além de serem desenvolvidos programas de geração de trabalho e renda.

De lá para cá o que se percebe é uma ampla produção de unidades habitacionais encampadas pela COHAB/LD por meio de programas de governo como o Minha Casa Minha Vida. Neste sentido destaca Cordeiro, Stipp e Zanon (2014, p.03):

> Ao longo de sua história os programas e projetos desenvolvidos pela companhia tiveram um papel centralizador da questão urbana, no sentido de amenizar o problema habitacional, mas não passaram de ações específicas e pontuais.

O que se percebe atualmente no município é que embora os programas em nível federal produzam na cidade uma grande produção de unidades habitacionais, a política local continua a ser a mesma desde os primeiros programas habitacionais, qual seja, a construção de casas geralmente de má qualidade, em locais distantes, sem infra-estrutura, o que coloca a população residente desses conjuntos habitacionais totalmente à margem da sociedade. Neste sentido, destaca Dirceu Pereira Siqueira (2014, p. 236):

> Nesta senda, é possível observar, que, muitas vezes o ter direitos não significa sua efetividade em termos de implementação, de modo que a exclusão social com origem em diversos fatores (sejam sociais ou econômicos) macula os menos privilegiados e de outro lado engrandece aqueles que podem ser considerados incluídos socialmente.

Nesta esteira, surge o residencial Vista Bela no município de Londrina – PR, localizado na porção do extremo noroeste da cidade, construído a uma distância considerável do centro urbano, deixando consequentemente seus moradores vivendo à margem da sociedade.

5 – O residencial Vista Bela – Programa do Governo Federal "Minha Casa, Minha Vida"

Segundo dados pesquisados no Projeto de Pesquisa e Extensão "Direito à Moradia: Aplicabilidade e efetividade dos instrumentos jurídicos na região metropolitana de Londrina", e fornecidos pela COHAB/LD na data de 22/05/2014 por meio do ofício – OF. CCHAB/Diretoria Técnica/0793/2014, o Residencial Vista Bela, construído no município de Londrina – PR pelo Programa do Governo Federal "Minha Casa, Minha Vida, foi entregue à população em duas etapas, sendo que a primeira no ano de 2011 e a segunda no ano de 2012.

Considerado à época o maior canteiro de obras do país, foram entregues a população nos anos de 2011 e 2012 um total de duas mil setecentas e doze unidades residenciais, sendo mil duzentos e seis unidades de casas "geminadas", mil quatrocentos e quarenta unidades de apartamentos, bem como vinte casas para portadores de necessidades especiais e quarenta e seis casas para idosos.

As casas "geminadas" foram construídas com área total de 36,86m² e área útil de 32m², não computada a área de serviços, já os apartamentos apresentam área privativa de 43m² e área útil de 39m². As casas para portadores de necessidades especiais foram construídas com área privativa de 49,7m² e as quarenta e seis casas para idosos com área privativa de 37,24m².

Portanto, foram adotadas três tipologias para as casas térreas, predominantemente a casa do tipo "geminada" e uma tipologia para os apartamentos. Três construtoras participaram do empreendimento: Artenge, Protenge e Terra Nova Empreendimentos.

O supracitado residencial foi projetado com intuito de atender a população da faixa de rendimentos de 0 a 3 salários mínimos, ou seja, buscou atender ao plano de moradia de interesse social do município.

Localizado nas franjas da porção do extremo noroeste da cidade, feriu o princípio da moradia digna consagrado na Constituição Federal de 1988 à medida que na entrega dos imóveis não ofereceu aos moradores condições e acesso a infraestruturas básicas, como transporte coletivo regular, creches, postos de saúde, áreas de lazer, entre outras. Nesta esteira Cordeiro, Stipp, e Zanon (2014, p. 6) destacam:

> O residencial Vista Bela localizado nas franjas da porção do extremo noroeste da cidade fere o direito de acesso a serviços básicos que agregam condições de sobrevivência do cidadão, deixando-os descobertos do que é legitimado por lei, contrariando alguns dos princípios que dispõe o PNH (Plano Nacional de Habitação), o qual traz a moradia digna como aquela que dispõe de infraestrutura, saneamento ambiental, mobilidade, transporte coletivo, equipamentos sociais e públicos, articulação com as demais políticas sociais e principalmente a distância do empreendimento em relação ao centro da cidade, confirmando que as velhas práticas estão ressurgindo com novos rótulos.

De acordo com o mapa do empreendimento cedido pela COHAB/LD, o projeto idealizado pelo Programa Minha Casa, Minha Vida do Governo Federal, previa a construção de escola, creche, posto de saúde e área de lazer, entretanto, essas estruturas não foram contempladas na entrega das unidades.

Conforme mencionado as unidades foram entregues nos anos de 2011 e 2012 e somente no ano de 2015 foi construída um CEI (Centro de Educação Infantil) e um Posto de Saúde, ou seja, os moradores do residencial ficaram por mais de 3 anos sem acesso a infraestrutura adequada, em total desconformidade com o conceito de moradia digna previsto Plano Nacional de Habitação (PNH). Percebe-se desta maneira que a ação do Estado meramente assenteísta, realça sua enorme dificuldade na criação de políticas públicas eficientes que garantam os direitos fundamentais de conteúdo econômico social e cultural (Gonçalves, 2009).

No tocante ao transporte coletivo público, na entrega das unidades residenciais, apenas uma linha de ônibus ligava o residencial ao centro urbano da cidade, gerando sérias dificuldades de acesso aos moradores ao trabalho, escolas, creches, entre outros serviços. Atualmente mais 2 linhas de ônibus atendem ao residencial e conjuntos próximos.

Nos trabalhos de campo realizados pelo projeto supracitado, foram aplicados quatrocentos questionários em unidades sorteadas por quadra do empreendimento, e segundo a compilação de dados coletados, chegou-se a conclusão, queas unidades foram construídas com materiais de péssima qualidade o que ocasionou rachaduras nas paredes. Também a parte elétrica deixou a desejar, causando curtos circuitos e incêndio em algumas unidades.

A principal reclamação dos moradores dos apartamentos relatada foi a dificuldade de pagamento da alta taxa de condomínio, na casa de R$200,00 (duzentos reais), tendo em vista o alto índice de inadimplentes.

Apesar de toda a dificuldade de acesso as infraestruturas básicas e má qualidade das habitações, a maioria dos moradores entrevistados declararam-se satisfeitos com a nova moradia, considerando a comparação feita com a moradia anterior, o que é compreensível, tendo em vista que em sua grande maioria foram retirados de assentamentos precários e fundos de vale da cidade.

Cabe ainda salientar que, os moradores do residencial são oriundos de várias regiões da cidade, e segundo as entrevistas realizadas foram alocados nas unidades residenciais sem qualquer tipo de critério. Assim, gangues e traficantes rivais da noite para o dia tornaram-se vizinhos, gerando um alto índice de homicídios e aumentando consideravelmente a violência emergente do lugar.

Entende-se por violência emergente aquelas geradas na própria cidade pelo modo de vida urbano e também as provocadas pelo modelo de desenvolvimento social e econômico. Nessa esteira destaca Golono de Deus, Baptista e França (2014, p.44):

> São violências emergentes provocadas pelo modo de desenvolvimento, normalmente aquelas vistas e sentidas, ou seja, as que podem ser facilmente identificadas, como, por exemplo: o roubo, furto, latrocínio, tráfico de drogas, suicídio entre outras violências. Entretanto, são violências emergentes geradas pela própria cidade aquelas que normalmente geram exclusão e fragmentação do tecido urbano, como por exemplo, quando um grupo impõe comportamento a determinados grupos sociais, exclusão

> social de determinados grupos étnicos, xenofobia entre outras.

Portanto, referidas violências emergentes, ou seja, aquelas facilmente identificadas, tanto as geradas pelo modelo de desenvolvimento ou pelas próprias cidades são as geralmente tipificadas no Código Penal Brasileiro como crimes.

Assim, constata-se que o Residencial Vista Bela não atendeu a legislação correlata ao direito de moradia digna consagrado constitucionalmente à época de sua entrega, entretanto percebe-se certa melhoria nas infraestruturas básicas, nos últimos dois anos.

6 – Considerações finais

Pelo exposto e todo contexto histórico apresentado neste trabalho, observa-se que a política habitacional do município de Londrina contraria deveras ao que se encontra previsto na legislação pertinente, ou seja, os programas habitacionais implementados pela COHAB/LD ao longo de sua história e especificamente o Residencial Vista Bela, empreendimento do Programa Minha Casa, Minha Vida do Governo Federal, não atenderam as reais necessidades da população, visto que não cumpriu o disposto no Plano Nacional de Habitação (PNH) no tocante ao conceito de moradia digna.

Constata-se que os empreendimentos entregues a população cuja renda não ultrapassa a 3 salários mínimos, pela COHAB/LD ao longo de sua história, e, no caso do residencial Vista Bela, ficaram muito aquém do que é considerado moradia digna, pois foram construídos à margem do município, sem infraestrutura mínima, como escolas, postos de saúde e transporte coletivo regular.

Destaca-se também, a má qualidade das residências, no tocante ao acabamento, parte elétrica, hidráulica, e o alto custo do condomínio dos apartamentos, o que nos chama a reflexão, porque se os moradores foram oriundos de assentamentos e fundos de vale precários do município, como poderiam do dia para noite arcar com um condomínio na casa de R$ 200,00 (duzentos reais)?

Dessa forma, conclui-se que não basta ao município entregar moradias de interesse social à população necessitada, se não criar políticas públicas adequadas para atendê-los, como meios de transportes viáveis para acesso a empregos, creches, escolas e postos de saúde. Assim, como também não basta existir todo um alicerce legal, se o mesmo não for aplicado de maneira correta, pois o ingresso pelos cidadãos à moradia digna deve ser pautado em políticas públicas eficientes e de resultados.

Conclui-se que a entrega de moradias de interesse social no município de Londrina – PR é excludente, pois conforme relatado, causa uma segregação sócio espacial o que justifica a violência emergente crescente na periferia do município.

7 – Referências

BAPTISTA, Carla Maria Freres Stipp Baptista. A participação da sociedade civil na gestão pública no tocante à moradia. **Revista do Departamento de Geografia da UEL,** V. 19, n. 3, p. 119-145, 2010.

COHAB – LD – Companhia de Habitação de Londrina. OF. CCHAB/Diretoria Técnica/0793/2014. Londrina: Cohab/LD.

CORDEIRO, Sandra Maria Almeida; STIPP Carla Maria Freres; ZANON, Elisa Roberta. Considerações sobre os programas de governo frente ao déficit habitacional em Londrina – PR. In: Congresso Internacional Sustentabilidade e Habitação de Interesse Social, n.º 3º, 2014, Porto Alegre – RS. **Anais...** Porto Alegre: EDIPUCRS, 2014. p. 63.

GOLONO, Angela de Deus; BAPTISTA, Carla Maria Freres Stipp Baptista; FRANÇA, Carolina Nunes. ViolenciasEstructurales y Emergentes: Suicidio y Camelódromo em Londrina, Brasil. **Revista Observatório Del Desarrollo**. V.4, n. 13, p. 43-48.

GONÇALVES, Leonardo Augusto. O Ministério Público na Tutela dos Direitos Sociais: Atuação no âmbito das políticas públicas. **Argumenta Journal Law. Programa de Pós** – Graduação em Ciência Jurídica – UENP – Jacarezinho, n. 11, p. 183-215, 2014.

LONDRINA. Lei Orgânica do Município de Londrina de 5 de abril de 1990. **Jornal de Londrina**, Londrina, 6 de abril de 1990. Edição. 11.465.

_____. Lei nº 10.257 de 10 de julho de 2001. Dispõe sobre o Estatuto da Cidade, regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal e estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências**. Diário Oficial da União,** Brasília, DF, 11 jul. 2001, Seção 1, p.1. (Eletrônico).

_____. Lei nº 10.637 de 24 de dezembro de 2008. Institui as diretrizes do Plano Diretor Participativo do município de Londrina – PDPML e dá outras providências. **Jornal Oficial do Município de Londrina,** Londrina, 29dez.2008. Ano XI. N.º 1047. p. 18-44.

NYGAARD, Paul, Dieter. **Planos Diretores de Cidades**: discutindo sua base doutrinária. Porto Alegre: UFRGS, 2005. p. 25-97.

OLIVEIRA, Edilson Luis de; PAULINO, Eliane Tomiasi; CUNHA, Fábio César Alves da; e et al. **Controle Social e Construção da Cidade.** Londrina: UEL, 2013. p. 21-27.

ROLNIK, Raquel (Org). **Estatuto da Cidade:** Novas perspectivas para a reforma urbana. 1ed. São Paulo: Pólis, 2001, p. 60-61.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira. Igualdade e Legitimidade: atuação do Poder Judiciário na conformação de Valores Sociais – A concretização do Direito à Alimentação. Revista **Argumenta Journal Law. Programa de Pós** – Graduação em Ciência Jurídica – UENP – Jacarezinho, n. 20, p. 235-257, 2014.

CAPÍTULO XXI

O POTENCIAL EMANCIPATÓRIO NA DEMOCRACIA

Danieli Aparecida Cristina Leite Faquim
José Eduardo Ribeiro Balera
Igor Henrique dos Santos Luz

Resumo: A sociedade contemporânea é caracteristicamente complexa e plural. Paulatinamente, a cultura, a sociedade e as relações intersubjetivas têm reproduzido uma lógica sistêmica segundo uma racionalidade de meios e fins e o desaparecimento da ação solidária por vias coletivas. Neste cenário, o presente trabalho tem por objetivo compreender o potencial emancipatório defendido por Habermas em uma ordem democrática, fundada no discurso. Desta maneira, inicia-se a investigação com a apresentação de sua leitura acerca do processo de racionalização, do Estado de Direito e dos substratos mantenedores da legitimidade democrática. Em seguida, procede-se à diferenciação entre esfera pública, sociedade civil e opinião pública. Por fim, considerando a linguagem como o suporte necessário à integração social e à emancipação, resgatam-se os pressupostos de validade do discurso.

Palavras-chave: Habermas. Linguagem. Discurso. Democracia. Emancipação.

INTRODUÇÃO

Em uma sociedade complexa como a contemporânea, multiculturalista e plural, política e ideologicamente, os conflitos de interesses exsurgem com maior vigor, em especial, no que concerne aos direitos fundamentais (subjetivos e políticos), como autêntica representação do conflito entre ideias liberais e republicanas. O Estado de Direito assume, então, o papel de conformador da convivência social, buscando a harmonia das relações, no propósito único de realização do bem comum (que é a sua finalidade).

Todavia, a racionalidade dos meios e fins, própria de esferas sistêmicas como as da economia e da política, pela busca do dinheiro e do poder, tem influenciado paulatinamente no próprio reconhecimento moral recíproco entre os cidadãos e criado empecilhos às relações intersubjetivas, reduzindo a vida em sociedade às esferas particularizadas. Logo, o projeto emancipatório iluminista, fundado na razão, foi frustrado por uma racionalidade estratégica colonizadora do mundo da vida.

Ao entender a modernidade como um projeto inacabado, Habermas propõe uma nova caminhada na compreensão do fenômeno da racionalização e de viabilização da emancipação com sua teoria do agir comunicativo (ou da ação comunicativa), com repercussão em diferentes áreas do pensamento filosófico, por exemplo, com o dimensionamento de uma teoria discursiva acerca da verdade, da moral e do direito. Inserida no âmbito da teoria discursiva do direito, a conformação democrática ganha um espaço fundamental para a realização discursiva e legitimadora do próprio direito.

Diante disso, o presente trabalho tem por objetivo compreender alguns elementos essenciais da teoria habermasiana acerca da democracia, no resgate de uma proposta emancipatória a partir da linguagem. A partir de uma leitura predominantemente filosófica, mas também se utilizando de pressupostos do método dedutivo, avalia-se o substrato teórico do pensador alemão em busca de uma resposta potencialmente emancipatória.

Assim, inicia-se com a exposição de elementos relacionados ao processo de racionalização e conformação das sociedades modernas. Em seguida, apresenta-se a compreensão habermasiana acerca do Estado de Direito e o substrato legitimador da democracia. Posteriormente, expõe-se as distinções entre esfera pública, sociedade civil e opinião pública. Por fim, apresenta-se os requisitos à reinvindicação da validade do discurso, tendo em vista que a linguagem passa a ser o paradigma do pensamento do filósofo alemão.

2 A RACIONALIZAÇÃO, O SURGIMENTO DAS SOCIEDADES MODERNAS E A DEMOCRACIA

Em outros momentos da história, a religião ocupava função central na integração e na normatividade social, afinal, a partir de suas justificações de ordem soteriológica, garantia o reconhecimento das autoridades divinas e seus mandamentos. Porém, como destaca Habermas (1998), pela razão, observa-se um processo de transferência e a objetividade em relação à natureza, à criação e à própria história da salvação passa ao 'subjetivamente razoável'. Neste novo cenário, a linguagem ganha um novo papel, afinal, é por meio do jogo moral desta que são reconstruídos julgamentos e atos morais.

Na obra *The theory of communicative action*, o pensador alemão dialoga com o pensamento weberiano para a compreensão do processo de racionalização e surgimento das sociedades modernas. Antes de mais nada, deve-se entender que "a racionalização é um fenômeno referente ao conjunto de elementos constitutivos de uma sociedade e a via ocidental da racionalização representa, do ponto de vista *formal*, a via universal do referido processo" (ARAÚJO, 2010, p. 22-23, itálico no original).

Trata-se de um processo contraditório, afinal, ao mesmo tempo que 'esferas de valores' se liberam dos elos das tradições confessionais, recursos semânticos são deteriorados e a linguagem é privada por uma racionalização segundo a lógica de meios e fins, logo, as pretensões iluministas de emancipação pela razão acabam sendo frustradas. Porém, na visão de Habermas, torna-se paradoxal ou doentio este processo, na medida em que o mundo vivido (marcado pelas estruturas da cultura, socialização e integração social) são colonizados pelo agir estratégico e pelos mecanismos do mundo sistêmico (ROCHLITZ, 2005, p. 24-25). Para ele, pouco a pouco, a política passa a se converter em um "subsistema administrativo e de automanutenção", influenciada pela lógica funcional autopoiética do mundo sistêmico (HABERMAS, 2011). Nas palavras do pensador:

> Sob a restrição de imperativos econômicos. que cada vez mais mantêm o domínio sobre as esferas privadas da vida, as pessoas, intimidadas, retiraram-se mais e mais para a bolha de seus interesses privados. A vontade de envolverem-se na ação coletiva, a consciência de que os cidadãos podem moldar coletivamente as condições sociais de suas vidas através de uma ação solidária, desaparece sob a força percebida de imperativos sistêmicos. (HABERMAS, 2011, p. 16, tradução livre).

Porém, na visão de Habermas, a linguagem e os processos discursivos podem paulatinamente assumir um papel de integração social e emancipação pela tematização no mundo da vida.

Desta maneira, a filosofia habermasiana e sua teoria da ação passa a se sustentar em pressupostos dialógicos e de interação social. Observa-se uma mudança de paradigma, o denominado giro linguístico (*linguistic turn*) no decorrer do século XX, e, com isso, supera-se o paradigma de filosofia da consciência, isto é, de um sujeito monológico aos moldes de René Descartes e da perspectiva transcendental kantiana, para a filosofia da linguagem. Nas palavras de Habermas (2012, p. xix):

> A passagem para uma teoria pragmática da linguagem abriu espaço para a substituição da consciência transcendental kantiana – tido como fonte e condição de possibilidade de relações sociais – por práticas de uma comunicação que se realiza mediante linguagem comum e assegura, mesmo assim, que a sociedade mantenha relações imanentes com a verdade. O potencial de racionalidade inserido em tal prática comunicativa torna possível estabelecer, por meio do efeito vinculante de pretensões de validade reconhecidas faticamente, uma relação entre racionalidade comunicativa e condições de produção da sociedade moderna.

Embora Habermas aparentemente se distancie de Kant em razão da mudança de paradigmas, sua proposta filosófica permanece atrelada aos ideais de autonomia e universidade do kantismo, como se observará a seguir com os substratos democráticos. Porém, ressalta que foi a partir do recurso à ‘razão natural’, isto é, a argumentos tidos como públicos e a um alicerce epistemológico baseado na justificação que se permitiu uma formulação do Estado Democrático de Direito. (HABERMAS, 2007, p. 135). Como se observará mais adiante, o pensamento do autor alemão se situa entre a soberania popular e a liberdade individual, ou, em outros termos, entre as bases republicanas e liberais.

A teoria discursiva da democracia reflete “o processo de criação legítima do direito” (HABERMAS, 2007, p. 117) e tem dois substratos como responsáveis por impulsionar a legitimação:

(a) a participação simétrica dos cidadãos no âmbito político, pois estes passam a se entender como autores e destinatários da lei, logo, trata-se evidente compreensão da autonomia kantiana. Nas palavras de Habermas:

> [os cidadãos] devem respeitar-se reciprocamente como membros de sua respectiva comunidade política, dotados de iguais direitos, apesar de seu dissenso em questões envolvendo convicções religiosas e visões de mundo;" (HABERMAS, 2007, p. 137).

(b) a Perspectiva epistemológica discursiva: tem por base a solidariedade na apresentação mútua dos argumentos e na pressuposição de que os resultados decorrentes da relação discursiva serão necessariamente racionalmente apropriados.

O projeto emancipatório iluminista passa a ser resgatado a partir do discurso e da democracia, e por uma racionalidade intersubjetiva. Como explica Freire (2014, p. 117):

> A intuição de Habermas é a de que o regime democrático apresenta-se como forma política capaz de liberar um alto potencial emancipatório na medida em que se funda na concepção de *política deliberativa* configurando um *procedimento político inclusivo* de indivíduos quanto à *formação da opinião* e da *vontade política*, onde a justificação e legitimação racional dos resultados alcançados discursivamente efetuam-se na *esfera pública*. Assim, os parceiros de discurso, que também são parceiros de direito, contam com a institucionalização jurídica deste procedimento tornando-se, ao mesmo tempo, *autores* e *destinatários* do direito.

Vale lembrar que "a justificação discursiva significa consenso, não no sentido de um acordo casualmente realizado, mas no sentido de que qualquer parceiro possível da conversa atribuirá o mesmo predicado ao objeto em tela" (OLIVEIRA, 2006, p. 313). Neste cenário, é necessário compreender outros elementos de sua teoria, como de esfera pública, opinião pública e sociedade civil.

2.1 Esfera pública, opinião pública e sociedade civil

Para o filósofo alemão Jürgen Habermas, a esfera pública é um sistema de alarme dotado de sensores não especializados, porém, sensíveis no âmbito de toda a sociedade, que se reproduz através do agir comunicativo e estampa as necessidades do Estado e da sociedade. Segundo Volpato Dutra e Couto (2012, p. 181): "[...] a esfera pública não pode ser identificada como uma instituição, não tem aspectos organizacionais, tampouco está constituída num sistema delimitado, mas caracteriza-se por horizontes abertos, permeáveis e deslocáveis". Na perspectiva de uma teoria da democracia, a esfera pública tem que reforçar o processo de reflexão, sendo assim: "ela não pode limitar-se a percebê-los e a identificá-los, devendo, além disso, tematizá-los, problematizá-los e dramatizá-los de modo convincente e eficaz, a ponto de serem assumidos e elaborados pelo complexo parlamentar". (HABERMAS, 1997, p. 91). Enquanto fenômeno social, nas palavras do pensador alemão, ela não constitui um sistema e deve permitir o fluxo comunicacional. Nas palavras do pensador:

> Como uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e opiniões, nelas os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados, a ponto de se condensarem em opiniões públicas enfeixadas em temas específicos. (HABERMAS, 1997, p. 92).

A esfera pública implica o domínio de uma linguagem natural, em sintonia com a compreensibilidade geral da prática comunicativa cotidiana, que abrange questões politicamente relevantes, constituindo o que Habermas chama de estrutura comunicacional do agir orientado pelo entendimento. Nesse ínterim, a "esfera pública retira seus impulsos da assimilação privada de problemas sociais que repercutem nas biografias particulares" (HABERMAS, 1997, p. 98).

A esfera pública é caracterizada pelo espaço social gerado no agir comunicativo, ligada aos espaços concretos de um público presente, em que as manifestações são escolhidas de acordo com temas e as informações e argumentos são elaborados na forma de opiniões focalizadas. Na esfera pública, almeja-se o convencimento e a efetivação de uma racionalidade intersubjetiva. Seus canais de comunicação engatam-se entre as esferas pública e da vida privada, final:

> O limiar entre esfera privada e esfera pública não é definido através de temas ou relações fixas, porém através de condições de *comunicação modificadas*. Estas modificam certamente o acesso, assegurando, de um lado, a intimidade e, de outro, a publicidade, porém não isolam simplesmente a esfera privada da esfera pública, pois canalizam o fluxo de temas de uma esfera para a outra (HABERMAS, 1997, p. 98, itálico no original).

Considerando a repercussão da esfera pública nas relações privadas, vale ressaltar o seu ponto de vista histórico:

> O nexo entre esfera pública começou a aparecer nas formas de reunião e de organização de um público leitor, composto de pessoas privadas burguesas, que se aglutinavam em torno de jornais e periódicos. (HABERMAS, 1997, p. 98).

Em uma sociedade complexa, Habermas considera que a esfera pública se ramifica espacialmente, assumindo espaços especializados em maior ou menor grau, porém, disponível a um público em geral. O pensador alemão distingue, a partir dos critérios da "complexidade organizacional" e "densidade da comunicação", três tipos de esfera pública: episódica, de presença organizada e abstrata. A primeira é referenciada pelo aspecto mais amplo e tem como exemplos dados pelo autor "bares, café, encontros na rua"; a segunda é mais estruturada, por exemplo "encontros de pais, público que frequenta o teatro, concertos de Rock, reuniões de partidos ou congressos de Igrejas" e a última mais particularizada e originada pela mídia, como "leitores, ouvintes e espectadores singulares e espalhados globalmente (HABERMAS, 1997, p. 107)

Não há que se confundir esfera pública com a própria esfera estatal, pois, na verdade, objetiva-se a mediação entre o Estado e a sociedade e focaliza-se na constituição de opiniões públicas, ou seja, baseia-se em informações e argumentos em moldes

racionais, e não, em mero produto de "pesquisa de opinião". Nas palavras de Habermas (1997, p. 94): "A 'qualidade' de uma opinião pública constitui uma grandeza empírica, na medida em que ela se mede por qualidades procedimentais de seu processo de criação".

A sociedade civil promove a liberdade de opinião e de reunião, assim como o direito de fundar sociedades e associações que interferem na formação da opinião pública, podendo tratar de temas de interesse geral, culturais, religiosos ou humanitários.

> Sendo a sociedade civil a institucionalização da esfera pública, ela exclui a economia, a qual, através do trabalho, do direito privado e do capital, foram os aspectos fundamentais à época de Marx e Hegel. O núcleo institucional da sociedade civil é formado por movimentos, associações e organizações sociais [fundações] não estatais e não econômicas. Essas instituições cristalizam os problemas e os transferem para a esfera política. Apesar da mídia, a sociedade civil continua o espaço das pessoas privadas que podem se organizar para influenciar, cercar, o poder político, na busca de soluções para seus problemas. A sociedade civil alicerça-se nos direitos de expressão, reunião e associação. (VOLPATO DUTRA, 2006, p. 61).

A prática comunicacional da sociedade civil deve por si mesma estabilizar a esfera pública política, vez que a influencia. Dessa maneira, vejamos:

> A sociedade civil não pode ser tida simplesmente como um ponto de fuga para o qual convergem as linhas de uma auto-organização da sociedade como um todo. [...] a sociedade civil e a esfera pública garantem uma margem de ação muito limitada para as formas não institucionalizadas de movimento e de expressão da política. Eles se referem a uma "autolimitação" estruturalmente necessária da prática de uma democracia radical. (HABERMAS, 1997, p. 104).

Nessa perspectiva, é possível compreender que a sociedade civil possui uma composição mais estruturada, por movimentos, organizações e associações. São estas as responsáveis pela identificação de problemas com impacto nas esferas privadas.

Sendo assim, foram expostas as distinções entre esfera pública, opinião pública e sociedade civil, bem como o entrelaçar entre estes institutos, que permitem a argumentação com a consequente emancipação do indivíduo como personagem da democracia. Porém, a dúvida que persiste é: bastaria a mera alegação e esta seria válida?

3 DAS PRETENSÕES DE VALIDADE DO DISCURSO

A relação discursiva não significa tão somente a apresentação de possíveis fundamentos a determinada questão ou mera exposição de posicionamentos. Trata-se de uma interação mais complexa, racionalmente delineada e com potencial ao consenso. Como explica Manfredo A. de Oliveira (2006, p. 304): "o consenso que acompanha as ações se refere tantos aos conteúdos proposicionais dos proferimentos (às opiniões) quanto às expectativas de comportamentos válidos intersubjetivamente (às normas)".

Diferentemente da ação comunicativa ordinária, em que a validade está compreendida, de modo geral, na relação de mera apresentação e troca de informações, o discurso é mais exigente e profundo.

> O discurso é crítico, isto é, seu tema é precisamente a problematização das pretensões de validade e não há neles troca de informações. O discurso tenta reconstruir por meio de justificação um acordo problematizado, que existiu na ação comunicativa ordinária. Ele tenta, pois, a superação da problematização da ação comunicativa e conduz a uma compreensão legitimada. (OLIVEIRA, 2006, p. 304).

A emancipação democrática e sua validação pressupõem: a) a participação de todos os interessados, em idênticas condições de argumentação, podendo afirmar, contrapor, interpretar e recomendar, e, b) que todos participem de modo livre (sem coação), verdadeiro (destituído de neurose), não mentindo intencional ou inconscientemente, e conforme as regras postas para o desenvolvimento do discurso.

Em *On the Pragmatics of Social Interaction*, o pensador alemão sintetiza quatro condições para o pleito das pretensões de validade do discurso: a inteligibilidade, a verdade, a veracidade (ou também, sinceridade) e a correção normativa.

> Quero distinguir quatro classes de reivindicações de validade: (1) A inteligibilidade. Com cada pronunciação, o orador vincula a alegação de que ela pode ser entendida em todas as situações. Este pedido não é resgatado ou vindicado se o falante e o ouvinte não sabem a mesma língua. Em seguida, um esforço hermenêutico é necessário a fim de se obter a clarificação semântica. (2) Verdade. Afirmações e explicações implicam uma reivindicação de verdade. [...] No uso da linguagem cognitiva, nós iniciamos a comunicação com o objetivo de comunicar algo sobre uma realidade objetivada. (3) Sinceridade e (4) correção normativa. Todas as declarações que são expressivas no sentido mais restrito (sentimentos, desejos, expressões da vontade) e implicam uma reivindicação de sinceridade. [...] Todas as declarações orientadas normativamente (tais como comandos, conselho, promessas, etc.) implicam uma reivindicação de correção normativa. Esta alegação não é justificada se as normas vigentes subjacentes às declarações não podem ser legitimadas. Eu chamo isso de uso da linguagem comunicativa. Aqui nos referimos a algo no mundo, a fim de produzir relações interpessoais específicas. (HABERMAS, 2001, p. 63-64, tradução livre)

Habermas almeja uma gramática universal, com a definição de condições ao mútuo reconhecimento, partilha de saberes, além da manutenção de um vínculo de confiança recíproca. Por este estabelecimento, muito mais importante que a aceitação fática das proposições apresentadas, é a observância destes requisitos ao seu reconhecimento.

CONCLUSÃO

A esfera pública é consequência de um processo mais longo e profundo de transformação social, que Habermas situa entre o final da Idade Média e a Idade Moderna, com a ascensão do capitalismo. A categoria do "público" é a consequência não desejada das mudanças socioeconômicas que ocorreram de forma gradual, eventualmente precipitadas pelas aspirações de uma burguesia bem-sucedida e cada vez mais consciente de si.

O autor dá mais atenção à prévia transformação das relações sociais, que fez emergir as associações voluntárias e, com elas, a geração de um novo discurso político sociocultural em torno desse ambiente de transformação.

Na verdade, a esfera pública pressupunha uma mudança sociocultural. Deduz-se que as exigências por reformas estatais e governamentais eram mais o efeito do que a causa da formação da esfera pública.

Para Habermas a esfera pública é, portanto, o espaço do livre fluxo de discursos, onde a sociedade civil se reúne, gera impulsos de demandas e pretende exercer pressão aos órgãos estatais. A esfera pública é o lugar próprio da formação do estatuto da crítica, a qual se concretiza em argumentos de um público ciente de sua importância como formador de opinião pública no cenário democrático.

Os obstáculos à emancipação, constatados por teóricos adeptos à Escola de Frankfurt, ligados ao contexto sócio-histórico concreto, embora não completamente dissociados do pensamento crítico de Karl Marx, acabam por se relacionar aos efeitos do processo da racionalização e da própria organização capitalismo, enquanto causas das patologias sociais da sociedade moderna.

Perceptível, então, que a proposta de Jürgen Habermas, dentro do contexto de uma sociedade (moderna) em que aquilo que denomina mundo da vida é colonizado por relações de poder e dinheiro, enquanto ferramentas ou objetivos da dominação e sua extensão, explorados por determinados grupos dotados de uma racionalidade instrumental (mantenedora e propagadora desta dominação pela violência simbólica do capital), é a superação dos conflitos de interesses pelo exercício igualitário da democracia. A política e o direito passam a exercer funções particulares e complementares, uma vez que aquela permite o monopólio da força pelo Estado, enquanto este o exercício da coerção legitimada.

Neste contexto, o giro linguístico exsurge como instrumento de problematização igualitária das razões dos participantes da democracia, nos subsistemas em tensão constante (política e direito), que, fundando-se em uma ética do discurso racional, e, calcado em um agir comunicativo que adquire validade conforme as pretensões a que objetiva (veracidade, conformidade normativa ou eficácia na ação social), permite a reconciliação com a moralidade, superando-se, com isso, o paradigma da consciência descartiana.

Nesta instância, o legitimismo sócio-estatal, o neoconservadorismo e os movimentos sociais, enquanto reações ao modelo de Estado da sociedade moderna

ocidental, ficam à margem, por suas características reducionistas à superação (leia-se emancipação) do modelo estatal advindo com a Modernidade, de modo que, para Habermas, o equilíbrio seria atingido no uso da ação comunicativa como meio de consenso dentro do regime democrático.

Por esta leitura, a solidariedade é a esfera de influência que permitirá, por conseguinte, aos concernidos, o exercício de uma ação comunicativa em condições negociais equitativas (em que haja a participação de todos os interessados, em idênticas condições de argumentação, podendo afirmar, contrapor, interpretar e recomendar, e, em cujo âmbito todos participem de modo livre - sem coação, verdadeiro - destituído de neurose, não mentindo intencional ou inconscientemente, e conforme as regras postas para o desenvolvimento do discurso racional e ético).

E, com isso, o projeto emancipatório far-se-á possível pelo alijamento da colonização (que nada mais é do que a influência, sob diversos matizes, que sofrem os cidadãos pelos efeitos da dominação no contexto do capitalismo) do mundo da vida.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, L. *Razão comunicativa e teoria social crítica em Jürgen Habermas*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1992.

BAUMGARTEN, Maíra. *Habermas e a Emancipação*: Rumo à Democracia Discursiva? Disponível em: <http://www.ufrgs.br/cedcis/habermas.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2016.

BRONCKART, Jean-Paul.*O Agir nos Discursos*: das concepções teóricas às concepções dos trabalhadores. Campinas: Mercado das Letras, 2008.

DUCLÓS, Miguel. *Habermas e a Virada Linguística*. Disponível em: <http://www.consciencia.org/habermas-e-a-virada-linguistica>. Acesso em: 15 jul. 2016.

DURÃO, Aylton Barbieri. *Habermas*: Os Fundamentos do Estado Democrático de Direito. Disponível em:<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-31732009000100008>. Acesso em: 15 jul. 2016.

FREITAG, B & ROUANET. *Habermas*. São Paulo: Ática, 1993.

HABERMAS, Jürgen**.** *Entre Naturalismo e religião: estudos filosóficos***.** Trad. Flávio Beno Siebeneicheler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007.

_____. *The inclusion of the other*: studies in political Theory. Edited by Ciaran Cronin and Pablo de Greiff. Massachusetts: The Mit Press, 1998.

HABERMAS, Jürgen.*Direito e Democracia**:***entre facticidade e validade. Vol. II. trad. Flávio Bento Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen.*Conhecimento e Interesse*. In: Escola de Frankfurt. Os Pensadores, XLVIII. São Paulo: Abril Cultural, 1975.

HABERMAS, Jürgen. "*The Political*": The Rational Meaning of a Questionable Inheritance of Political Theology. In: BUTLER, Judith; HABERMAS, Jürgen; TAYLOR, Charles; WEST, Cornel. *The power of religion in the public sphere***.** New York: Columbia University Press, 2011, p. 15 – 33.

HABERMAS, Jürgen. *On the Pragmatics of Social Interaction**:*** Preliminary Studies in the Theory of Communicative Action. Translated by Barbara Fultner. Cambridge, Massachusetts: The MIT Press, 2001.

OLIVEIRA, Manfredo A. de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea.*3 ed. São Paulo: Loyola, 2006.

VOLPATO DUTRA, Delamar José. *Da função da sociedade civil em Hegel y Habermas*. In**:** *Utopía y Praxis Latinoamericana***,** ano 11, n. 35, p. 55-65, out.-dez. 2006. Disponível em: <http://www.redalyc.org/pdf/279/27903504.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2016.

VOLPATO DUTRA, Delamar José; COUTO, Dilnéia Rochana Tavares. *Esfera pública*: contribuições para uma atualização do diagnóstico.*Problemata:* R. Intern. Fil. Vol. 03. No. 02. (2012), pp. 177-199. Disponível em <http://periodicos.ufpb.br/index.php/problemata/article/viewFile/14959/8497>. Acesso em 19 jul. 2016.

CAPÍTULO XXII

AÇÕES AFIRMATIVAS E INCLUSÃO SOCIAL: O DIREITO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA AO EFETIVO ACESSO À EDUCAÇÃO

LaísaFernanda CAMPIDELLI[318]
LiviaKomono TOJEIRO[319]
Renan Cauê Miranda PUGLIESI[320]

RESUMO
O presente trabalho estuda a evolução das garantias da pessoa com deficiência, no mundo e no Brasil, evidenciando o contexto de luta no percorrer desse caminho, diante de uma sociedade preconceituosa que marginaliza e impõe estigmas. Dentro da problemática levantada, busca-se entender, ainda, o conceito de igualdade, em suas diversas perspectivas, com destaque à dimensão material, sendo este principal objetivo das chamadas "ações afirmativas", que visa concretizar os ideais de inclusão social. Também, analisa-se o direito de acesso à educação, sob a perspectiva do julgamento pelo STF da ADI 5357/DF. Objetiva-se demonstrar como as ações afirmativas são necessárias quando se pensa no propósito de efetivar a inclusão social, possuindo destaque, para esse fim, o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/15) e o julgamento realizado pelo STF de dois de seus dispositivos, relativos ao acesso à educação em instituições de ensino regular. Para isso, torna-se fundamental a análise crítica de conceitos fundamentais para o estudo, como aqueles referentes à igualdade, ações afirmativas e educação, bem como se faz imperioso o estudo prático envolvendo o acesso de pessoas com deficiência ao ensino regular. Para atingir tal finalidade, o trabalho está delimitado seguindo os métodos dedutivo e histórico, além das técnicas de pesquisa documental e bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: Pessoas com deficiência. Igualdade material. Ações afirmativas. Inclusão social. Acesso à educação.

INTRODUÇÃO

Estudo ora proposto tratou da inclusão social das pessoas com deficiência, delimitando-se o objeto de pesquisa dentro da estrutura brasileira – ainda que algumas referências a documentos internacionais tenham sido feitas -, devido à abrangência e amplitude desta temática em âmbito mundial.

A justificativa e relevância social de se abordar essa temática estão relacionadas com à importância de se construir uma sociedade livre de preconceitos, sendo essencial a promoção da igualdade em sua dimensão material ou substancial. As pessoas com

[318]Graduanda em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Bolsista PIBIC pela Fundação Araucária. Integrante do grupo de pesquisa GP CERTOS. <laisacampidelli@gmail.com>.
[319]Graduanda em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. <liviakomono@hotmail.com>.
[3]Graduado em Direito pelo Centro de Ciência Sociais aplicadas da Universidade Estadual do Norte do Paraná –UENP; Conciliador da Justiça Federal, Subseção de Jacarezinho/PR; membro do Grupo de Pesquisa em Constituição, Educação, Relações de Trabalho e Organizações Sociais - GP CERTOS - registrado no CNPq.<renan.pugliesi@gmail.com>.

deficiência, discriminadas durante muito tempo, precisam ter seus direitos garantidos em igualdade de condições com os demais membros da sociedade, pois somente assim será possível concretizar os mandamentos constitucionais e o Estado Democrático e Constitucional de Direito.

Desta forma, a problematização central levantada reside no seguinte questionamento: seriam as ações afirmativas o caminho a ser trilhado na busca pela efetivação do direito ao acesso à educação das pessoas com deficiência, como forma de concretizar a inclusão social?

Nesta linha de raciocínio, o objetivo em foco foi apontar, através do caso concreto, como as ações afirmativas são essenciais para efetivação dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência, notadamente em relação ao direito à educação e seu acesso, como forma de atingir a justiça social e incluir esse grupo de pessoas na sociedade de forma digna.

Para que fosse possível encontrar resposta ao problema levantado, tornou-se vital a delimitação do estudo, que se voltou à realidade brasileira, embora com algumas referências a eventos e normas internacionais. Inicialmente, analisou-se a evolução dos direitos humanos das pessoas com deficiência, a fim de vislumbrar a situação de exclusão vivenciado e o estado de coisas que alcançou os dias de hoje. Em um segundo momento, realizou-se estudo acerca do direito à igualdade material, as ações afirmativas como forma de alcança-lo e a consequente inclusão social que ocasionaria, para, finalmente, analisar caso concreto que chegou ao STF e tratou do Estatuto da Pessoa com Deficiência e o acesso à educação; sendo esta, portanto, a forma como foi estruturado o presente artigo.

Como forma de se chegar à conclusão desejada, foi utilizado, como método principal de abordagem, o método dedutivo, tendo em vista que foi preciso esclarecer muitos conceitos, acerca de igualdade, ações afirmativas, educação etc., para posteriormente confrontá-los com o caso concreto, consistente na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5357/DF, que envolvia dispositivos sobre educação presentes no Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Além disso, foi utilizado, como método acessório, o método histórico, a fim de compreender a realidade vivenciada pelas pessoas com deficiência, bem como os direitos que lhes eram garantidos e sua (in)efetividade.

Com o fim de coletar e analisar os materiais pesquisados, foram utilizadas as seguintes técnicas de pesquisa: a pesquisa indireta documental (textos da Constituição Federal, Estatuto da Pessoa com Deficiência, dentre outras normas) e a pesquisa indireta bibliográfica (por meio de doutrinas, artigos científicos, notícias disponíveis *online* e demais publicações científicas).

1 DIREITO HUMANOS E EVOLUÇÃO DAS GARANTIAS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

As pessoas com deficiência sofrem, desde tempos remotos, inúmeros preconceitos. Por essa razão existe uma grande luta entre famílias e organizações para o reconhecimento verdadeiro do direito dessas pessoas.

Ao longo do tempo, elas já foram objeto de diferentes tratamentos por parte da sociedade, sempre limitando a questão à saúde e à deficiência. Quase nunca houve preocupação com a inclusão delas na sociedade; muito pelo contrário, o que se percebia era um preconceito embutido, quando, sem nem ao menos conhecer o indivíduo, este era definido como incapaz. Dispõe Rezende e Vital (2008, p.83) a respeito do assunto:

> Algumas pessoas têm medo, inclusive, de conviver com as pessoas com deficiência, como se a deficiência fosse 'contagiosa' e desaprovam a convivência daqueles que escolhem um(a) parceiro(a) com deficiência através de chantagens e outros tipos de manipulação, auxiliando a perpetuação do preconceito e mantendo a exclusão.

Dessa forma, muitas vezes crianças com deficiência eram tratadas como diferentes e incapazes, o que gerava efeitos terríveis, os quais frequentemente faziam com que elas se retraíssem e ficassem escondidas do mundo, restringindo seu potencial para obter mais qualidade de vida e inclusão social.

Aliás, "durante muito tempo a deficiência foi abordada e tratada como sendo um problema do indivíduo, e não como resultado da relação deste com o seu meio" (CANZIANI, 2006, p. 250).

Conforme lembra Canziani (2006, p. 250), com o fim da Segunda Guerra Mundial, os estereótipos começaram a mudar, pois vários condicionantes sociais, econômicos e políticos produziram transformações nos diferentes aspectos que norteavam a atenção àquelas pessoas. Surgiu, assim, a possibilidade da pessoa com deficiência ser considerada "útil" à sociedade, em virtude do crescente movimento industrial baseado na produção e no consumo, por meio da reabilitação.

Um importante marco foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, a qual tratava com igualdade todas as pessoas, proibindo qualquer tipo de discriminação:

> Artigo VII. Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.Artigo VIII. Todo ser humano tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.

No início dos anos setenta, começa-se a observar diferenças nos conceitos sobre a pessoa com deficiência, pois nessa época a busca pela "vida independente" começa a ser vivenciada pelas famílias, priorizando a busca pela autonomia e pela independência. Esse período foi o primeiro em que o governo começou a tomar medidas para a instauração de educação especial, tratando como prioridade inclusive no Primeiro Plano Setorial de Educação, em 1972.

Nos anos oitenta, uma nova visão começou a aflorar por força das organizações internacionais como as Nações Unidas, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) e

a Organização Mundial da saúde.Conforme expõe Maria de Lourdes Canziani (2006, p. 251):

> Nas últimas décadas, particularmente nos anos oitenta, a abordagem da deficiência sofreu grandes e rápidas transformações no seu aspecto conceitual. [...] Esse novo conceito, baseado na relação entre *deficiência*, *incapacidade e desvantagem*, introduziu a dimensão sociopolítica na abordagem conceitual, passando esta a ser mais abrangente e a não se referir apenas ao indivíduo, mas a toda a sociedade. O entendimento e a aceitação dessa "nova maneira de pensa a deficiência", tanto pelas pessoas com deficiência e suas famílias como pelos seus representantes, fizeram com que essas novas pessoas reivindicassem os seus direitos de cidadãos para participarem na comunidade em igualdade de condições com os demais indivíduos, compelindo a sociedade e o Estado a modificarem seus comportamentos e atitudes em relação às suas necessidades específicas.

É importante notar o quanto essa nova abordagem consiste em verdadeira revolução no tratamento dos direitos das pessoas com deficiência. Quando o conceito deixa de ser meramente individual, para abranger elementos que dizem respeito à sociedade, dá-se início ao processo de mudança de paradigmas, que até então eram excludentes. O envolvimento social no que atine às pessoas com deficiência consiste no primeiro passo a ser dado em busca de maior inclusão social e condições de igualdade.

Assim, a partir da década de oitenta as pessoas com deficiência começaram a ser vistas sob outra dimensão, mais ligada aos direitos humanos, procurando demonstrar a importância do reconhecimento da pessoa com deficiência enquanto cidadão com plenos direitos. Buscou-se elaborar, então, normas e regulamentos que valorizassem a pessoa com deficiência, consolidando bases mais sólidas a este e sua família, a fim de que alcance a plena integração à sociedade (CANZIANI, 2006, p. 253).

Dessa forma, as pessoas com deficiência começaram a ser incluídas na sociedade, pois obtiveram maiores oportunidades no contexto social, como, por exemplo, a vedação de qualquer discriminação em relação a empregos. A Constituição de 1988 trouxe essa previsão em seu artigo 7º:

> Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência.

É preciso abrir parênteses para lembrar que nenhum direito é absoluto. Assim, mesmo quando se trata de direito constitucionalmente assegurado às pessoas com deficiência, a garantia normativa pode sofrer limitações. Nesse ponto, Luiz Alberto David Araújo (2010, p. 914), comentando o dispositivo acima exposto, assim se manifesta:

> [...] não é toda pessoa portadora de deficiência que poderia se habilitar para qualquer cargo. É correto afirmar que deve haver compatibilidade entre a deficiência e o posto pretendido. Determinadas deficiências

> impedem determinadas atividades. Essa regra, que deve ser aplicada com muito cuidado, para que sejam evitados comportamentos discriminatórios, deve estar presente, de outro lado, para que se evite que a pessoa portadora de deficiência pretenda um acesso a qualquer posto de trabalho. Aferida a habilitação da pessoa portadora de deficiência para o posto, inegável que tem direito ao acesso igualitário. Na análise da questão, não se pode, concebendo uma idéia pré-determinada, afirmar que a pessoa portadora de deficiência teria dificuldades de desempenhar tal função.

Toda cautela será necessária em casos como esses, para que direitos fundamentais não sofram grave violação. Primeiramente, é preciso cuidado na avaliação do trabalho exercido, pois não se pode simplesmente inferir que a pessoa com deficiência será menor do que de um trabalhador sem deficiência. Aliás, não se pode exigir de uma pessoa com deficiência que produza além do que os demais trabalhadores produzem, da mesma forma que não se pode pretender que a pessoa com deficiência ingresse no mercado de trabalho produzindo menos que aqueles que possuem função idêntica. A produção deve ser aferida, desde que, é claro, todos os meios sejam assegurados para que a pessoas com deficiência possa desempenhar suas funções, como transporte, adaptações no local de trabalho, etc. (ARAÚJO, 2010, p. 914).

Não obstante a isso, é preciso destacar que a Constituição Federal de 1988 surgiu como grande garantidora dos direitos das pessoas com deficiência, principalmente no que diz respeito às várias dimensões do direito de igualdade, que será a seguir analisado.

Outro importante marco foi a Lei 7.853/1989, a qual veio a ser modificada pela dec. 3.298/1999, o qual dispunha sobre a Política Nacional para a integração da pessoa portadora de deficiência, fornecendo normas protetivas e que visavam à melhoria de sua condição na sociedade.

Todas essas mudanças são fruto de uma luta constante das próprias pessoas com deficiência, de suas famílias e de organismos nacionais e internacionais de defesa desse segmento social. Há importantes documentos internacionais que auxiliaram em diversas conquistas, entre eles a Carta dos anos 80, o Programa de Ação das Nações Unidas (1982), as Normas Internacionais do Trabalho sobre a Readaptação Profissional (1984), a Declaração de Cartagena das índias sobre as Políticas Integrais para as pessoas portadoras de deficiência, na região Ibero-Americana (1992), a Declaração de Manágua – para um novo modelo de desenvolvimento de política para crianças e jovens portadores de deficiência e suas famílias (1993). Além desses, acrescenta-se a Primeira Conferência Internacional de Ministros responsáveis pela atenção de pessoas portadoras de deficiência (1992), as Normas Uniformes sobre a Igualdade de Oportunidades para as pessoas portadoras de deficiência, aprovadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas (1993), a Declaração de Salamanca, o Marco das Ações sobre Necessidades Educativas Especiais (1994) e a Declaração dos Direitos do Impedido (1995). Esses documentos nacionais e internacionais revelam notável influência da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948).

2 DIREITO À IGUALDADE, INCLUSÃO SOCIAL E AÇÕES AFIRMATIVAS

A igualdade é objeto de reflexão em muitos estudos, sendo um dos temas de maior complexidade da humanidade. Ao tratar do direito à igualdade, perfaz-se a construção de um juízo no qual todos, sem qualquer distinção, são iguais e devem ter o mesmo tratamento perante a lei, tal qual prescreve o texto da Constituição Federal em várias passagens, com destaque ao art. 5º, inciso I.

De fato, Celso Ribeiro Bastos (1995, p. 164) ressalta que "é o princípio à igualdade um dos de mais difícil tratamento jurídico. Isto em razão do entrelaçamento existente no seu bojo de ingredientes de direito e elementos metajurídicos".

Ainda que a igualdade material absoluta possa ser utopia, o Estado não pode medir esforços para buscar a isonomia entre todos e a proteção da minoria mais fraca. A Constituição de 1988 e o atual ordenamento jurídico têm tratado da inclusão de normas de direitos sociais, visando a igualdade material entre as pessoas e o nivelamento da sociedade como um todo.

Quando se fala em igualdade material, o que se busca é ir além da "igualdade perante a lei", superando a leitura oitocentista do princípio, ou seja, aquela que vislumbra a igualdade apenas no âmbito formal, constante da aplicação e interpretação igualitária de um diploma normativo já confeccionado. Assim, a igualdade material ou substancial se dá na esfera abstrata e genérica, na fase de criação do direito, alcançando os Poderes Públicos quando da elaboração do ato normativo, mas considera as desigualdades reais existentes na vida fática, permitindo que situações desiguais sejam tratadas desigualmente (MASSON, 2015, p. 229).

Se a garantia à igualdade formal da pessoa com deficiência está resguardada na Constituição Federal, seja no artigo 5º, seja no artigo 7º, inciso XXXI, não é menos verdade que a igualdade material está assegurada, por exemplo, na previsão que dá acesso ao serviço público através de política inclusiva. Tal se deu em razão da percepção do legislador constituinte de que, durante muito tempo, a política exercitada no país era marginalizadora, excluindo as pessoas com deficiência. Assim, prestigiá-la, possibilitando o acesso aos cargos públicos por meio de vagas especialmente reservadas foi uma das maneiras encontradas para incluir essas pessoas na sociedade (ARAUJO, 2010, p. 914).

O princípio da igualdade consagrado pela Constituição Federal, portanto, opera em dois planos distintos:

> De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio Poder Executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que se encontram em situação idêntica. Em outro plano, na obrigatoriedade ao intérprete, basicamente, a autoridade pública, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça e classe social(MORAES, 2005, p. 32).

Assim, em busca de oferecer as mesmas oportunidades e diminuir as

desigualdades, é necessário beneficiar algumas minorias em detrimento de outra parte da sociedade para garantir a justiça aos necessitados.

A inclusão parte do mesmo pressuposto da integração, que é o direito da pessoa com deficiência ter igualdade de acesso ao espaço comum da vida em sociedade. Surge o paradigma da Inclusão Social que, na visão de Sassaki (2003, s.p.), vem ganhando força paulatinamente, mas de forma impactante, na nossa sociedade:

> O paradigma da inclusão social consiste em tornarmos a sociedade toda um lugar viável para a convivência entre pessoas de todos os tipos e condições na realização de seus direitos, necessidades e potencialidades. Neste sentido, os adeptos e defensores da inclusão, chamados de inclusivistas, estão trabalhando para mudar a sociedade, a estrutura dos seus sistemas sociais comuns, as suas atitudes, os seus produtos e bens, as suas tecnologias etc. em todos os aspectos: educação, trabalho, saúde, lazer, mídia, cultura, esporte, transporte etc.

Nesse diapasão, existem políticas sociais voltadas a socorrer as minorias, conhecidas como ações afirmativas. Estas possuem o objetivo de eliminar e reduzir as desigualdades existentes, consagrando-se, assim, os mais preciosos mandamentos constitucionais existentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Nas palavras de André Ramos Tavares (2015, p. 462):

> As denominadas "ações afirmativas" compõem um grupo de institutos cujo objetivo precípuo é, *grosso modo*, compensar, por meio de políticas públicas ou privadas, os séculos de discriminação a determinadas raças ou segmentos.

Nesse viés, alguns autores, como é o caso de Nathalia Masson (2015, p. 229), vislumbram uma nova dimensão acerca do direito de igualdade: perspectiva material-dinâmica ou militante da igualdade, consistindo na transformação da igualdade em um objetivo a ser perseguido pelo Estado, adotando-se políticas públicas que visem reduzir as desigualdades fáticas, estigmas e preconceitos que recaem sobre determinados membros e coletividades da sociedade.

Nesse contexto, David Araujo (1995, p. 24) demonstra que a pessoa com deficiência tem como característica uma dificuldade na integração com a sociedade:

> O que define pessoa portadora de deficiência não é a falta de um membro nem a visão ou audição reduzidas. O que caracteriza a pessoa portadora de deficiência é a dificuldade de se relacionar, de se integrar na sociedade. O grau de dificuldade para a integração social é que definirá quem é ou não portador de deficiência.

As políticas afirmativas tendem a estimular e concretizar a igualdade e a minimização das desigualdades existentes, de modo a garantir o pleno exercício dos direitos e a dignidade da pessoa humana no Estado Democrático de Direito. De modo geral, pretendem resgatar as minorias excluídas e trazer mecanismos para compensar as diferenças e minimizar seus efeitos, sejam elas de qualquer natureza.

Tavares (2015, p. 473) se posiciona acerca das medidas afirmativas da seguinte forma:

> Enfim, alinho-me ao entendimento de que são medidas de ação afirmativa, legítimas, respeitadas determinadas fórmulas e circunstâncias, aquelas de conteúdo garantista máximo, proporcionando redistribuição de riquezas, promoção integrativa efetiva de certos grupos específicos (não necessariamente minorias na população nacional), nivelamento que não significa um objetivo mínimo meramente simbólico (busca de uma igualdade material em certo nível considerado adequado historicamente e socialmente), reestruturação e reeducação social, cultural-valorativa, político-eleitoral e econômica.

Assim, a igualdade buscada pelas ações afirmativas vai além da mera garantia de igualdade de oportunidades, mas visa reestruturar o modelo social que rege o Estado brasileiro. Essa alteração objetiva tornar intrínsecos no seio da sociedade os ideais que busca resguardar e efetivar, de modo que, no futuro, talvez as próprias ações afirmativas deixem de ser necessárias.

As ações afirmativas miram aquelas pessoas que em algum momento foram vítimas, direta ou indiretamente, de repressão social, preconceito ou exclusão, tendo encontrado barreiras sociais quase intransponíveis no que atine à possibilidade de ascensão, educação e autossuficiência, pois essas foram historicamente extirpadas, ou ainda o são. Assim, o seguimento que se busca beneficiar é aquele que sofreu ou ainda sofre qualquer tipo de discriminação, seja minoria ou maioria (TAVARES, 2015, p. 472) – pois, como se sabe, mesmo maiorias podem ser excluídas, quando são segregadas e relegadas ao esquecimento, não podendo acessar seus direitos.

Em meio a essa realidade das minorias, que sofrem com as desigualdades, as pessoas com deficiência, especificamente, possuem enormes dificuldades para exercer seus direitos e acessar as oportunidades em iguais condições, por vários motivos: primeiro, as limitações físicas que se apresentam como verdadeiro empecilho. Não se trata da limitação física em si, mas das barreiras físicas que estão presentes em todos os lugares, como falta de rampas de acesso e elevadores, por exemplo. A sociedade, durante muitos anos, mostrou-se omissa a essas dificuldades, não tendo trabalhado nas adequações necessárias, que só passaram a surgir nos últimos tempos.

Em segundo lugar, o próprio tratamento dispensado pelas pessoas se apresenta como um grande obstáculo. O estigma criado, os olhares de desprezo e preconceito, a situação de marginalização imposta, enfim, todos os rótulos e sentimentos determinaram que as pessoas com deficiência, por longo prazo, ficassem à sombra da sociedade, sem se insurgir contra isso.

Por último, necessário que se atente à uma dificuldade específica: a falta de homogeneidade. Os negros, por exemplo, possuem uma luta em comum, visto que as políticas públicas provavelmente beneficiarão a todos os negros. Já com relação às pessoas com deficiência, isso pode não ocorrer, uma vez que rampas de acessibilidade talvez não beneficiem um deficiente auditivo, por exemplo.

Contudo, em relação à essa última problemática apresentada:

> A tutela das pessoas portadoras de deficiência passa por uma questão própria desse grupo de pessoas, pois se trata de um grupo multifacetado. Explicamos: as deficiências têm as mais variadas origens, como locomoção, visão, audição, deficiência mental leve e, num conceito mais amplo (mais adequado a um conceito constitucional), questões ligadas ao metabolismo, dentre outros problemas. Na hora de analisarmos quem é pessoa portadora de deficiência, não podemos perder de vista que estamos diante de um conceito inclusivo, onde devemos ter uma visão larga da questão. Assim os critérios devem deixar de restringir o tema, pensando de forma ampla, para que todos os grupos possam ser incluídos socialmente. Para tanto, o conceito de pessoa portadora de deficiência deve ser um conceito alargado, de maneira que a Constituição Federal cumpra a sua tarefa. [...] A idéia deve ser ampliada, de forma que o Estado Brasileiro cumpra o seu papel constitucional de integrar de forma plena (ARAUJO, 2010, p. 917-918).

Não obstante esse caráter multifacetário, a inclusão social deve ser plena, abrangendo-se o maior número de pessoas possível. Essa característica não se transforma em empecilho à promoção da igualdade social das pessoas com deficiência, mas exige leitura diferenciada quanto aos termos em que essa inclusão se dará, alertando para o caráter amplo e abrangente do conceito de pessoa com deficiência.

Nesse sentido, cabe ao Poder Público a adoção de ações afirmativas que tratem especificamente de suprir as necessidades e minimizar as discrepâncias de oportunidades para as pessoas com deficiência. A proteção dessa minoria social, como assevera David Araujo, "nada mais é do que uma forma de proteger a cidadania e a dignidade da pessoa humana, eliminando as desigualdades sociais" (1995, p. 89).

3 O DIREITO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E O EFETIVO ACESSO À EDUCAÇÃO

A pessoa com deficiência, assim como qualquer outra, tem direito de acesso à educação. Na vida cotidiana, porém, os pais e familiares percebem que exercer esse direito não é simples, pois ainda existem muitas barreiras entre a pessoa com deficiência e a sociedade, fundadas sobre bases de discriminação e preconceito.

A educação, sem dúvida, é um dos direitos mais essenciais à concretização da dignidade da pessoa humana e à formação do sujeito como verdadeiro cidadão, apto a integrar a sociedade politicamente organizada e exercer seus direitos da melhor forma possível.

De fato, a doutrina informa que:

> A **educação** é um dos **mais importantes direitos sociais** da Constituição. Isso porque é o direito que permite a plena fruição dos demais direitos: é a educação que permite o desenvolvimento do indivíduo para exercer a cidadania, é a educação que o prepara e qualifica para o trabalho, que o informa para fazer suas escolhas filosóficas e políticas, que o ensina a proteger sua saúde e também atuar

> em prol do meio ambiente, em suma, que o capacita para exercer na inteireza suas liberdades constitucionais (MASSON, 2015, p. 1265, grifo do autor).

Diante dessa importância que a Constituição Federal trouxe algumas previsões imprescindíveis a fim de garantir que esse direito seja efetivado, a exemplo do artigo 205, que dispõe: "A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho".

Se a educação constitui direito de extrema relevância à todas as pessoas, é natural que a mesma seja igualmente garantida para as pessoas com deficiência, pensamento esse compartilhado pelo legislador constitucional, que formulou previsão específica, no seguinte sentido: "Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: [...] III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino".

Infere-se da previsão constitucional que, como forma de efetivar a inclusão social, é preciso que haja atendimento educacional especializado às pessoas com deficiência, de forma o aprendizado seja realizado da melhor forma possível, de sorte que a pessoa possa aprender – quantitativa e, principalmente, qualitativamente – da mesma forma que uma pessoa que não seja deficiente.

Além disso, o ensino deve se dar, preferencialmente, na rede regular de ensino. Essa previsão foi feliz, mas precisa ser realizada com cautela. Diante dos mandamentos constitucionais, da essência da própria Constituição Federal, bem como dos princípios que a regem, quando se usa o termo *preferencialmente*, o que se pretende é que todas as pessoas com deficiência tenham acesso ao ensino regular, a não ser que haja motivo patente, insuperável e extremamente justificável para que assim não seja.

A interpretação da referida previsão não pode ser outra, uma vez que a Constituição Federal, reconhecida como "Constituição Cidadã", tem como característica principal a previsão de uma ampla gama de direitos fundamentais, dentre eles o direito à igualdade material, à educação e à dignidade da pessoa humana. Seria verdadeiro contrassenso, indo de encontro não somente a esses direitos, como a objetivo fundamental do Estado brasileiro (art. 3º, inciso IV, da CF), uma interpretação que promovesse o termo como faculdade das instituições, ou como sinônimo de "se for possível", ou "se a instituição de ensino estiver apta a receber essa pessoa".

Aliás, dar essa liberdade às instituições de ensino, principalmente particulares, que como qualquer empresa almeja o lucro, significa dar margem para a discriminação se perpetuar na sociedade brasileira. A referida previsão constitucional se tornaria "letra morta", sendo certo que pouquíssimas instituições se habilitariam a promover a igualdade e inclusão social diante da necessidade de realizar mais gastos ou reduzir seus lucros pela necessidade de contratar profissionais especializados.

Nota-se, ademais, que referida norma constitucional ainda está amparada por um dos princípios que regem o direito social a educação, a dizer, a igualdade de condições para acesso e permanência na escola (art. 206, I, da CF).

A despeito dessas considerações, nota-se que, a partir do advento da Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015, o movimento pela inclusão das pessoas com deficiência ganhou forças, motivando as famílias a buscarem a melhoria da qualidade de vida e educaçãopara seus filhos.

Com a vigência da nova Lei, as escolas particulares, as quais geralmente são motivadas pelo lucro, se resignaram contra algumas de suas previsões, principalmente por se virem impelidas a aceitarem alunos com deficiência sem poder cobrarem valores adicionais delas que, em tese, ocasionam maiores gastos. O *site* do Supremo Tribunal Federal (2016, s.p.) noticiou o caso:

> A ADI 5357 foi ajuizada pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (Confenen) para questionar a constitucionalidade do parágrafo primeiro do artigo 28 e caput do artigo 30 da Lei 13.146/2015. Segundo a entidade, as normas representam violação de diversos dispositivos constitucionais, entre eles o artigo 208, inciso III, que prevê como dever do Estado o atendimento educacional aos deficientes. A Confenen alega ainda que os dispositivos estabelecem medidas de alto custo para as escolas privadas, o que levaria ao encerramento das atividades de muitas delas.

Observa-se que a proposta de educar dessas escolas está limitada ao acesso de apenas uma parte dos estudantes, sendo os outros excluídos por não se encaixarem em determinado padrão. Como o ministro Gilmar Mendes relatou - segundo *site* do STF (2016, s.p.) -, para vencer as dificuldades encontradas em meio à discriminação e à evidente tentativa de exclusão, a criação do "Estatuto das Pessoas com Deficiência efetiva direitos de minorias tão fragilizadas e atingidas não só pela realidade, mas também pela discriminação e dificuldades com as quais se deparam".

Diante da discussão levanta na referida ADI, é preciso enfocar os artigos em discussão, que assim dispõem:

> Art. 28. [...] § 1º. Às instituições privadas, de qualquer nível e modalidade de ensino, aplica-se obrigatoriamente o disposto nos incisos I, II, III, V, VII, VIII, IX, X, XI, XII, XIII, XIV, XV, XVI, XVII e XVIII do caput deste artigo, sendo vedada a cobrança de valores adicionais de qualquer natureza em suas mensalidades, anuidades e matrículas no cumprimento dessas determinações. [...] Art. 30. Nos processos seletivos para ingresso e permanência nos cursos oferecidos pelas instituições de ensino superior e de educação profissional e tecnológica, públicas e privadas, devem ser adotadas as seguintes medidas.

Os artigos supracitados abrigam uma série de garantias à pessoa com deficiência, prevendo grande gama de direitos que, se concretizados, significarão considerável passo adianta na busca por igualdade de oportunidade, inclusão e justiça social.

A pretensão de cobrar quantia superior da pessoa com deficiência caracteriza verdadeira tentativa de burla das previsões constitucionais, especialmente aquelas anteriormente discutidas neste trabalho. Garantir o ensino preferencial da pessoa com

deficiência na rede regular de ensino de nada adianta se essas puderem cobrar valores superiores em razão disso, primeiro porque não se pode controlar o valor a ser cobrado, que pode chegar a patamares absurdos, inibindo o interesse de jovens com deficiência; segundo, e mais importante, só a cobrança, em si, de valor diferenciado, já configura discriminação, pois se coloca como mais uma barreira para o acesso à igualdade de condições, única e simplesmente "pelo fato de ser", de ser pessoa com deficiência. O simples rótulo, por si só impregnado de preconceito, ocasiona a diferenciação no preço e desqualifica a perspectiva de igualdade da pessoa com deficiência.

Contudo, essa visão discriminatória foi rejeitava pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, que decidiu pela constitucionalidade das normas questionadas, ou seja, as escolas particulares estão obrigadas a aceitar a matrícula de alunos com necessidades especiais sem cobrar taxas adicionais.

A alegação de elevado custo e suposto risco de fechamento de escolas privadas não foram considerados fundamentos suficientes para barrar a nova conquista das pessoas com deficiência,que vêm ao longo de anos lutando pela inclusão e sendo constantemente rejeitadas por diversas instituições, sob a alegação de não poderem fornecer estrutura suficiente para elas.

Agora, estão obrigadas por lei a lhes garantir o acesso e se adequar para recebê-las, em todos os sistemas educativos e níveis de escolaridade. O *site* do STF (2016, s.p.) expôs voto consciente do ministro Teori Zavascki que, pregando pela importância da educação, assim se manifestou:

> Uma escola que se preocupe além da questão econômica, em preparar os alunos para a vida, deve na verdade encarar a presença de crianças com deficiência como uma especial oportunidade de apresentar a todas, principalmente as que não têm deficiências, uma lição fundamental de humanidade, um modo de convivência sem exclusões, sem discriminações em um ambiente de fraternidade.

Outro importante voto, também trazido pelo referido endereço eletrônico, foi o do ministro Luiz Fux, que destacou a importância da preservação da dignidade da pessoa humana, direito fundamental que é atingido pela discriminação dessas escolas:

> Não se pode resolver um problema humano desta ordem sem perpassarmos pela promessa constitucional de criar uma sociedade justa e solidária e, ao mesmo tempo, entender que hoje o ser humano é o centro da Constituição; é a sua dignidade que está em jogo.

O que todas as escolas deveriam observar é que uma sociedade mais justa e igualitária não se constrói pela exclusão ou pelo tratamento desigual; muito pelo contrário, isso só limita as oportunidades das pessoas com deficiência e faz aumentar a discriminação e o preconceito.

As instituições privadas de ensino devem se adaptar para receber as pessoas com deficiência. Não se coaduna com o ordenamento jurídico brasileiro que as pessoas com deficiência tenham que estudar, exclusivamente, em escolas de educação especial, em

verdadeiro ato de segregação, sob justificativas relacionadas à falta de estrutura ou gastos excessivos. Tais razões são evidentes afrontas ao direito de toda pessoa com deficiência de conviver e desenvolver suas potencialidades junto às demais, para que de fato ocorra sua inclusão.

CONCLUSÃO

As pessoas com deficiência, durante boa parte da história, foram relegadas ao esquecimento, principalmente em relação aos seus direitos. Foram incontáveis anos de exclusão, preconceito e estigmas que violavam a própria natureza humana dessas pessoas, fragilizando imensuravelmente sua dignidade.

Após tanto tempo a margem da sociedade, a situação começou a se alterar, principalmente no período pós-guerra, com especial destaque para as décadas de 70 e 80, quando certos paradigmas começaram a ser superados.

Nos dias de hoje, a luta pela igualdade material ou substancial é intensa. Busca-se a verdadeira inclusão social, de tal forma que as pessoas com deficiência sejam tratadas de forma igual aos seus pares, que não têm deficiência.

Nesse contexto, as ações afirmativas são uma das formas de se concretizar tais objetivos, uma vez que, através de discriminações positivas, é possível equilibrar algumas situações de desequilíbrio, compensando-se até mesmo erros históricos, tendo em vista elevar as pessoas com deficiência ao mesmo patamar das demais, em termos de direitos e igualdade de condições para exercê-los.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/15) representa verdadeira ação afirmativa, genuína política pública institucionalizada, e busca dar maior efetividade aos mandamentos constitucionais protetores dos direitos da pessoa com deficiência, visando concretizar a inclusão social desse grupo de pessoas.

O STF, no julgamento da ADI 5357/DF, posicionou-se pela constitucionalidade de dispositivos que visam assegurar o acesso de pessoas com deficiência ao ensino regular, público ou particular, de maneira digna, conforme regulamenta o Estatuto. A educação, como direito fundamental de ímpar relevância, foi garantida pela referida decisão à pessoa com deficiência, de forma a concretizar imperativos constitucionais de igualdade material e dignidade da pessoa humana.

Assim, conclui-se que a sociedade vem evoluindo em termos de ações afirmativas em relação à pessoa com deficiência, seja na sua concretização legislativa, seja na defesa judicial. O caso apresentado evidencia que os Poderes do Estado se encontram atentos aos interesses desse grupo de pessoas, que após tanto tempo de luta, começa a fazer parte da sociedade de maneira efetiva e real, sob imperativos constitucionais de igualdade, dignidade da pessoa humana, justiça e inclusão social.

REFERÊNCIASBIBLIOGRÁFICAS

ARAUJO, Luiz Alberto. **A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência**. Brasília: Coordenadoria Nacional para integração da Pessoa Portadora de

Deficiência, 1994.

_____. **A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência**: algumas dificuldades para efetivação dos direitos. *In*: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (coord.). Igualdade, diferença e direitos humanos. 2ª tir. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 911-923.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1995.

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

_____. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em 19 de julho de 2016.

_____. **Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948. Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em:<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf> Acesso em: 17 de jul. de 2016.

_____.Supremo Tribunal Federal. Notícias. **Escolas particulares devem cumprir obrigações do Estatuto da Pessoa com Deficiência, decide STF**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=318570>. Acesso em 19 de julho de 2016.

CANZIANI, Maria de Lourdes. **Direitos humanos e os novos paradigmas das pessoas com deficiência**. *In*: ARAUJO, Luiz Alberto David (coord.). Direitos das pessoas portadoras de deficiência. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 250-262.

MASSON, Nathalia. **Manual de direito constitucional**. 3ª ed., 3ª tir., rev., ampl. e atual. Salvador/BA: Editora Juspodivm, 2015.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 17ª. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

REZENDE, Ana Paula; VITAL, Flávia Maria de Paiva. **A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência Comentada.** Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2008.

SASSAKI, Romeu Kazumi. **Pessoas com deficiência e os desafios da inclusão**, em Revista Nacional de Reabilitação, 30/09/2004.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 13ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.