



TEMAS DE DIREITO II



ORGANIZAÇÃO:
CENTRO ACADÊMICO
CROMWELL DE CARVALHO

TEMAS DE DIREITO II

CIÊNCIA POLÍTICA
DIREITO CONSTITUCIONAL
FILOSOFIA DO DIREITO
SOCIOLOGIA JURÍDICA

Organização
Gestão Ágora
Gestão Primavera

TEMAS DE DIREITO II

CIÊNCIA POLÍTICA
DIREITO CONSTITUCIONAL
FILOSOFIA DO DIREITO
SOCIOLOGIA JURÍDICA

Alana Gomes de Medeiros
Anisvaldo Ferreira de Araujo
Antonia Mayra Jordana e Silva
Bárbara Hellen de Sá Ribeiro
Emilson Pereira Reis
Iago Masciel Vanderlei
Jessé Alcântara Soares
Jônatas Cardoso Cavalcante
Maria Eduarda Silva Alcântara
Matheus de Moura e Souza
Pétala Bezerra Sousa Pio
Renan Alexandre Soares de Miranda
Rodrigo Xavier Pontes de Oliveira
Tarcísio Augusto Sousa de Barros

UFPI
2017

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PIAUÍ

Reitor

Prof. Dr. José Arimatéia Dantas Lopes

Vice-reitora

Prof.^a Dra. Nadir do Nascimento Nogueira

Superintendente de Comunicação

Prof.^a Dra. Jacqueline Lima Dourado

Editor

Prof. Ricardo Alaggio Ribeiro

EDUFPI - Conselho Editorial

Prof. Ricardo Alaggio Ribeiro

Prof. Antonio Fonseca dos Santos Neto

Prof.^a Francisca Maria Soares Mendes

Prof. Solimar de Oliveira Lima

Prof. Viriato Campelo

Diretor do Centro de Ciências Humanas e Línguas

Prof. Dr. Nelson Juliano Cardoso Matos

Chefe do Departamento de Ciências Jurídicas

Prof.^a Dra. Maria Sueli Rodrigues de Sousa

Coordenadora do Curso de Direito

Prof.^a Germana Assunção Trindade

Banca Examinadora do V Concurso de Artigos

Prof.^a Dra. Andreia Marreiro Barbosa

Prof.^a Dra. Maria Sueli Rodrigues

Prof.^a Ms. Nayara Barros de Sousa

Prof. Dr. Nelson Juliano Cardoso Matos

T278

Temas de Direito II / Organizadores, Iago Masciel Vanderlei;
Liza Tajra Nery. - Teresina: EDUFPI, 2017. 161 p.

ISBN 978-85-509-0206-7

1. Direito. 2. Pesquisa. 3. Produção Acadêmica. 4. Trabalho Científico. 5.5 Teoria do Direito. I. Vanderlei, Iago Masciel. II. Nery, Liza Tajra.

CDD 340.1

Prefácio

Direito como interpretação: uma releitura de segurança jurídica divorciada de Hermes

Maria Sueli Rodrigues de Sousa¹

Prefaciando uma obra contendo, com predominância, abordagens de direito como interpretação dos direitos fundamentais no estudo de decisões judiciais paradigmáticas orientou-me na definição de três questões que permeiam permanentemente as discursividades jurídicas: o que é direito e sobre o seu ponto de partida: os direitos humanos e direitos fundamentais e segurança jurídica.

Seis dos nove artigos que compõem a obra “Temas do Direito” tratam de direitos fundamentais, especialmente, os considerados casos difíceis, “*hards cases*” de Dworkin (2003)², ou os conhecidos conflitos ou colisão de princípios constitucionais. Nos três artigos com linhagem diversa, mas não tão diversa que seja impossível identificar unidade na obra, há: uma discussão sobre a interpretação no direito e a semiótica e os outros dois tratam do direito como norma: direitos dos animais e direito e economia, sem deixar de tratar do desafio da interpretação: a interpretação do art. 225 da CF-88, direito dos animais e a legalidade da decisão política fundada no interesse econômico.

Os seis artigos que discutem os “*hards cases*” o fazem a partir de casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal – STF: o aborto anencefalo – a ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 54; as cotas no ensino superior – a ADPF nº 186; a decisão do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175 do Supremo Tribunal Federal, que trata da responsabilidade do Estado em fornecer medicamentos não aprovados na portaria da Agência de Vigilância Sanitária – ANVISA; a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal – STF no julgamento do *habeas corpus* nº 71.373-4,

¹ Professora adjunta IV – Universidade Federal do Piauí, Departamento de Ciências Jurídicas e Programa de Pós Graduação em Sociologia.

² DWORKIN, Ronald. *Império do Direito*. São Paulo : Martins Fontes, 2003.

que solicitava anulação de decisão de primeira e segunda instância que determinava condução coercitiva para exame de DNA com intuito de comprovar paternidade; uma decisão de segunda instância do TJ-SP sobre multiparentalidade, a inclusão da maternidade afetiva na certidão de nascimento. E, por fim, uma decisão do Tribunal Constitucional da Alemanha no caso que ficou conhecido como “caso Lebach”, também conhecido como direito ao esquecimento, que impediu a transmissão da imagem de apenado depois de cumprida a sua sentença.

Configurando todos os casos como *hard case*, ou seja, como decisões que impediram a colisão de princípios, temos: 1. A dignidade da mulher com o direito de não prolongamento do sofrimento *versus* o direito à vida do feto anencéfalo; 2. O direito à igualdade considerando a diferença existente entre negros e brancos *versus* a igualdade constitucional; 3. O direito à saúde *versus* autonomia do Poder Executivo de decidir políticas públicas; 4. Direito à paternidade *versus* a liberdade constitucional do indivíduo; 5. O direito de reconhecimento do parentesco afetivo sem prejuízo do biológico; 6. O direito à imagem *versus* o direito à liberdade de informação.

Em todos os seis casos, há a configuração de colisão de princípios constitucionais, que é enfrentado por três tipos de técnicas de interpretação para alcançar a única resposta correta ou a melhor resposta: ponderação ou sopesamento (ALEXY, 2011)³; direito como integridade (DWORKIN, 2003)⁴ e teoria discursiva do direito (HABERMAS, 1997)⁵, sendo as duas últimas combinadas.

O exposto me leva a concluir que o grande tema da obra é a interpretação do direito, o que me leva inicialmente a relacionar a obra com a discussão de Bauman (2010⁶) ao afirmar a diferença do direito na contemporaneidade a que ele chama de pós modernidade e o direito na modernidade, sendo este a norma legislada e aquele, a norma interpretada. O autor tipifica as duas formas de direito na apresentação da crise vivida contemporaneamente, especialmente, para indicar a falta de certeza na produção do direito, colocando em xeque a tese da segu-

³ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo : Malheiros, 2011.

⁴ Idem nota 2.

⁵ HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: entre facticidade e validade . Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

⁶ BAUMAN, Z. **Legisladores e intérpretes**: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

rança jurídica pela única resposta correta como prometia o positivismo kelseniano⁷.

Considero acerto a categorização de Bauman (2010)⁸. De fato, o positivismo jurídico ortodoxo alimentava e alimenta a crença de não interpretação do texto, mas de descoberta do direito por agente autorizado técnica e legalmente, capaz de utilizar a técnica hermenêutica e com isso revelar o direito, portanto a interpretação é tomada como um processo fechado complexo, acessível apenas ao aplicador do direito pela subsunção com o encaixe entre suporte fático e coerção: Se A é, B deve ser (KELSEN, 1999)⁹.

Ocorre que, quando se trata de regras, não há obstáculo no encaixe da subsunção, mas se forem princípios ou as normas de textura aberta como afirma Hart (1994)¹⁰, realizar a subsunção se torna desafiante.

Os caminhos adotados pelos autores foram: mesmo com princípios é possível encontrar a única resposta correta, seja pela teoria do direito como integridade (DWORKIN, 2003)¹¹, seja pela teoria discursiva do direito (HABERMAS, 1997)¹² ou pela combinação das duas. O outro caminho foi o que ultrapassa os limites autopoieticos do direito (LUHMANN, 1983)¹³, em que o aplicador antever o pós decisão e testa aquela resposta que provoque menos prejuízo às partes, ou seja, a melhor decisão. Trata-se da ponderação ou sopesamento de princípios por meio do princípio proporcionalidade da ciência da administração, em que se avalia os possíveis danos e benefícios de determinada decisão (ALEXY, 2011)¹⁴, configurando um desenho não existente no positivismo ortodoxo: a responsabilização do aplicador com o que vai ocorrer após a decisão judicial e que há o retorno do peso retirado dos ombros

⁷ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo : Martins Fontes, 1999.

⁸ Idem nota 6.

⁹ Idem nota 7.

¹⁰ HART, Herbert. *O conceito de Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

¹¹ Idem nota 2.

¹² Idem nota 5.

¹³ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983

¹⁴ Idem nota 3.

do aplicador pela divisão funcional do trabalho (DURKHEIM, 1984)¹⁵. O caminho da interpretação pela ponderação foi adotado pelos autores do caso Lebach e da submissão compulsória ao exame de DNA. No primeiro caso, os autores apresentaram como seria a resolução do caso pelo direito como integridade e pela ponderação, concluindo que as duas análises conduzem à mesma resposta, validando as duas formas de fazer a interpretação e com isso afirmando que a complexidade da produção da decisão na contemporaneidade não se trata de uma crise pela impossibilidade de afirmar certeza no direito na produção de uma só resposta, portanto a segurança jurídica está salvaguardada! Há técnica de interpretação capaz de alcançar uma decisão como direito.

No caso da submissão compulsória ao exame de DNA, os autores escolheram apenas o caminho da ponderação, o que permite afirmar que enfrentaram a complexidade apresentada para a produção de decisão judicial em casos difíceis indo além das fronteiras definidas pela *autopoiesis* sistêmica do direito em que o juiz julga como gestor na busca da resposta menos danosa proporcionalmente. Ou seja, para garantir a segurança jurídica nos casos difíceis altera-se a teoria do direito que se funda na divisão funcional sistêmica do direito: o direito atravessa a sua fronteira e vai à gestão da solução que será dada ao caso.

Nos casos das cotas e do direito à saúde pelo fornecimento de medicamento, o caminho interpretativo adotado foi a combinação entre teoria do direito como integridade e da teoria discursiva do direito. Ambas as teorias afirmam que a salvaguarda da segurança jurídica não pode ultrapassar a fronteira do direito sob o risco da desfuncionalização sistêmica do direito. O alívio que a divisão sistêmica produz há que ser garantido, considerando a inexistência de procedimento que conduza o direito para além de suas fronteiras sistêmicas. Cabendo ao aplicador juiz esforçar-se para alcançar a única resposta correta e neste esforço o modelo a ser perseguido é de um juiz ideal, o juiz Heracles. Os dois casos são discutidos como alcance da única resposta correta pelo teste de todas as respostas possíveis para o caso à luz dos princípios equidade, justiça e devido processo legal (DWORKIN, 2003)¹⁶, em que o intérprete cria e inventa o direito ao mesmo tempo, mas como interpretação de norma. O poder criacionista do juiz é limitado

¹⁵ DURKHEIM, Émile. *Divisão do Trabalho Social II*. Lisboa : Editorial Presença Ltda, 1984.

¹⁶ Idem nota 2.

pelo perfil da competência do juiz como intérprete e não como criador de normas. A decisão, assim como a interpretação teatral, precisa sempre conter a significação da norma dada naquele determinado contexto histórico, sob o risco de ser reformada ou de permanecer na memória do sistema como um erro produzido (LUHMANN, 1983)¹⁷.

A combinação da teoria do direito como integridade e da teoria discursiva foi adotada em ambos os casos pela concepção de interpretação assemelhada entre Habermas (1997)¹⁸ e Dworkin (2003)¹⁹, com o diferencial de que a metáfora do Hércules para Habermas contém a diversidade dos agentes que atuam no processo e que o apelo à comunidade política para alcançar a significação dada norma naquele contexto, o autor referido considera que não se trata de moral, mas de direito interpretado.

Com Habermas (1997)²⁰, é possível afirmar a inexistência de uma grave crise no direito que o impeça de alcançar verdade, a única resposta correta. A segurança jurídica é alcançada pelo trabalho de interpretação. E nunca foi diferente! A diferença está na simplificação do processo de interpretação no passado como se as normas fossem apenas regras. O direito sempre contou com normas em formas de regras e em forma de princípios. A simplificação produzida pelo positivismo dogmático de que a segurança jurídica já está contida no texto da norma é que é equivocada. A norma mesmo em forma de regra é interpretação e tem seu sentido alterado historicamente. As palavras não significam a mesma coisa sempre. O seu sentido muda com a história. O caso do aborto anencéfalo foi trabalhado apenas com Dworkin (2003)²¹ e Kelsen (1999)²² apresentando aspectos aproximados entre os dois autores, como se o primeiro fosse além do que apresenta o segundo, ao reconhecer que o processo interpretativo é moral, em que a significação dada às normas passa pela valoração moral do intérprete. Valores estes produzidos na comunidade política, e não pelo indivíduo solitário.

No caso da multiparentalidade, o percurso analítico adotado

¹⁷ Idem nota 13.

¹⁸ Idem nota 5.

¹⁹ Idem nota 2.

²⁰ Idem nota 5.

²¹ Idem nota 2.

²² Idem nota 7.

pelos autores diverge dos casos discutidos até aqui. Os autores assumem a perspectiva crítica e com isso afirmam a crise do direito na produção da resposta correta, sendo deslocada a impossibilidade da segurança jurídica em razão das contradições dos interesses individuais e de poder, sendo o direito para quem é oprimido e explorado uma permanente luta pelo direito, para quebrar a unidade do direito pela pluralidade social com Wolkmer (2001)²³ e Lyra Filho (1982)²⁴.

Os três artigos que destoam dos seis apresentados, ou seja, que não tematizam decisões judiciais, não deixam de tematizar a interpretação do direito como já referido: a discussão sobre semiótica tematiza a complexidade da interpretação numa perspectiva de filosofia da linguagem centrada no problema da identificação do sentido da norma condizente com a unidade do direito; a semântica de um direito dos animais ainda não vislumbrado em constituições anteriores a de 1988 e que não há interpretação única de que o art. 225 afirma um direito não apenas da espécie humana e a fundamentação econômica das decisões políticas também se trata de interpretação do texto da norma.

Os capítulos da obra permitem afirmar de que trata de tematização do direito como interpretação e não o sentido da legislação no momento em que foi produzido. O que faz retomar o pensamento de Bauman (2010)²⁵, a contemporaneidade, ou a pós modernidade nos dizeres do autor, é um tempo em que não é possível afirmar apenas que o direito é um conjunto de normas, a não ser que o entendimento é de que se trata de um conjunto de normas, em forma de princípios e de regras, interpretadas.

Talvez o diferencial do presente é que o encolhimento do tempo movido pelas tecnologias sociais da globalização demande com mais frequência a aplicação de princípios, considerando a diferença temporal entre discurso falado e discurso escrito e a velocidade ampliada.

Então, se a complexidade da contemporaneidade demanda um pequeno deslocamento semântico do que seja direito, enquanto tecnologia social de Estado para resolução de conflitos apresentados ao Estado para que este decida como terceiro desinteressado, para compre-

²³ WOLKMER, A. C. *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura do direito*. São Paulo : Alfa Ômega, 2001

²⁴ LYRA FILHO, Roberto. *O que é Direito?* Coleção Primeiros Passos. São Paulo : Brasiliense, 1982.

²⁵ Idem nota 6

endê-lo como norma interpretada, vale a pena revisitar a interpretação do ponto de partida do direito.

Segundo Habermas (1997)²⁶, o ponto de partida do direito como tecnologia social adotada para os casos em que as partes renunciam a violência privada e demandam do Estado uma resposta para os conflitos que a este apresentam, só pode ser aqueles direitos que os indivíduos se dão, que são as liberdade negativas ou subjetivas ou ainda direitos subjetivos, como o direito de ter direito, o direito que só vale para um por que vale para todos.

O direito de ter direitos é conferido pela condição de pertencimento do indivíduo ao acordo político, ou seja, este é cidadão, membro da comunidade que se deu estes direitos. E como membro pode reclamar ao Estado quando o seu direito for violado e pode participar da construção da vontade coletiva como membro da comunidade política. E que, diante de situações que inferiorizam os indivíduos, estes podem demandar condições técnicas, sociais e ambientais que possibilitem o gozo de igual dignidade para o exercício dos direitos subjetivos.

Habermas (1997)²⁷ revisita os direitos humanos e fundamentais para afirmá-los não como conjunto de normas separadas em gerações, mas como direitos subjetivos, sendo que a condição de membro, o direito de petição e de participação se dão pelo exercício das liberdades subjetivas. E os direitos sociais, técnicos e ambientais são condições que podem ser acionadas em caso em que o cidadão se perceba inferior em dignidade para o exercício das liberdades.

Portanto a concepção de direitos humanos e fundamentais construída por Habermas como ponto de partida do direito é que são exercidos todos ao mesmo tempo e não como direitos garantidos em temporalidades diferenciadas. Esta é uma questão de interpretação: ver os direitos fundamentais como gerações ou dimensões ou todos ao mesmo tempo. No caso de Habermas (1997)²⁸, o entendimento adotado é que o exercício de uma liberdade tem no seu conjunto: direitos políticos, direito de petição e de participação e, se o exercício das liberdades foi possível, é por que as condições de dignidade que possibilitaram o exercício de tais liberdades estavam dadas.

Com isso, é possível afirmar que não há um quantum determi-

²⁶ Idem nota 5.

²⁷ Idem nota 5.

²⁸ Idem nota 5.

nado de direitos sociais, técnicos e ambientais para que se dê o exercício da cidadania. Cada situação há que ser avaliada a partir do gozo das liberdades pelos cidadãos.

E a segurança jurídica em tempos de direito como normas interpretadas? E em contexto de releitura do direito como instrumento da democracia, que, para ser direito, não basta ter o conjunto de normas, mas aquelas normas que tem como ponto de partida os direitos subjetivos e todas as condições que possibilitem o exercício das mesmas com igual dignidade, ou seja, os direitos fundamentais?

A segurança jurídica é tarefa que se busca em cada processo de interpretação, ou seja, ao aprovar a norma o legislador não consegue garantir a segurança jurídica, que será tarefa do processo de interpretação tomado como autopoietico, pelo esforço de alcançar a única resposta correta, ou ultrapassando as fronteiras sistêmicas do direito, como a melhor resposta ou a resposta mais justa.

E com isso, a tarefa hermenêutica passa a ser não mais a revelação do direito pelos iluminados por Hermes, o mensageiro de Zeus, mas tarefa racionalizada, humanizada, a interpretação de texto legal para realizar a subsunção.

Brandão (2004)²⁹ refere a Hermes como deus com muitas atribuições, desde um deus agrário, protetor dos rebanhos, que o mesmo roubou de Apolo e por isso significando também astúcia, trapaça, mas como mensageiro de todos os deuses, como o que revela a verdade, o intérprete da vontade dos deuses.

Hermes é o que sabe e, por isso mesmo, aquele que transmite toda ciência secreta. Não sendo apenas um olímpico, mas igualmente ou sobretudo um ‘companheiro do homem’, tem o poder de lutar contra as forças ctônias, porque as conhece (...). – ‘Mercúrio (nome latino de Hermes) costumava ser invocado nas cerimônias dos magos como transmissor de fórmulas mágicas’ (BRANDÃO, 2004, p. 195/196)³⁰.

Interpretar o texto legal perde a magia de Hermes e ganha a historicidade mundana, por isso mais adequado considerar o feito

²⁹ BRANDÃO, Junito de Souza. *Mitologia Grega*. Petrópolis : Vozes, 2004.

³⁰ Idem nota 29.

Temas de Direito II

como interpretação ao invés de hermenêutica jurídica.

Não se trata de conduzir a luz nas trevas como nas habilidades de Hermes. Desapareceu o chapéu de Hermes que era prerrogativa e sinal de autoridade e suas sandálias aladas, o seu bastão de arauto, o caduceu e no seu lugar passou a vigorar o intérprete com tarefa não diferente de qualquer outra interpretação, com os mesmos desafios de manter vinculação entre o sentido interpretado e o texto objeto da interpretação.

Foi esta concepção de interpretação que foi trabalhada nesta obra, com certeza abrirá caminhos para a compreensão dos desafios da interpretação do direito como meta de definir o direito diante do caso concreto. E estimulará os seus leitores a pensar o direito como conjunto de normas interpretadas e aplicadas aos casos concretos com segurança jurídica a ser alcançada pelo esforço da interpretação como condição de manter a *autopoiesis* sistêmica do direito. Boa leitura!!

Teresina, 24 de outubro de 2016.

Maria Sueli Rodrigues de Sousa
Professora Adjunta IV – UFPI – DCJ e PPGS

Sumário

17

Análise Teórico-Jurídica do caso da interrupção terapêutica do parto: a necessidade do Direito como integridade face às demandas da sociedade contemporânea

Gabriel Rocha Furtado, Anisvaldo Ferreira de Araujo, Emilson Pereira Reis

33

O debate sobre as cotas raciais à luz das teorias de Dworkin e Habermas

*Bárbara Hellen de Sá Ribeiro, Maria Eduarda Silva Alcântara,
Professor Ms. Deyvison Rodrigues Lima*

49

Disparidade entre Direito e acesso à saúde pública na realidade brasileira: um debate à luz de Habermas e Dworkin

*Marcelo Leandro Pereira Lopes, Jônatas Cardoso Cavalcante,
Renan Alexandre Soares de Miranda*

67

Colisão de princípios constitucionais: análise do Caso Lebach à luz de Dworkin e Alexy

Jessé Alcântara Soares, Professor Samuel Barbosa de Carvalho

85

Submissão compulsória a exame de DNA: solução jurídica

*Prof. Dr. Orientador. Edilsom Pereira de Farias, Alana Gomes de Medeiros,
Pétala Bezerra Sousa Pio*

99

**Análise jurídico-teórica acerca da multiparentalidade no
Ordenamento Jurídico Brasileiro**

*Prof. Samuel Barbosa de Carvalho, Antonia Mayra Jordana e Silva,
Matheus de Moura e Souza*

117

**Igualdade para os animais: do utilitarismo singeriano à
Constituição Federal de 1988**

Iago Masciel Vanderlei

133

**Voto econômico na América Latina e suas implicações da
legitimidade das eleições (*Economic vote in Latin America and
its implications in the legitimate election*)**

Tarcísio Augusto Sousa de Barros, Rodrigo Xavier Pontes de Oliveira

151

Da semiótica peirceana à semiótica jurídica

Alana Gomes de Medeiros

Análise Teórico-Jurídica do caso da interrupção terapêutica do parto: a necessidade do Direito como integridade face às demandas da sociedade contemporânea

*Gabriel Rocha Furtado*¹

*Anisvaldo Ferreira de Araújo*²

*Emilson Pereira Reis*³

Resumo

Este artigo tem como objetivo analisar a decisão judicial da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, proferida pelo Supremo Tribunal Federal, que versa sobre a Antecipação Terapêutica do Parto. Para tanto, utiliza-se de uma fundamentação teórica que ater-se-á, principalmente, a necessidade dos magistrados, ao aplicarem o direito, procurarem a única resposta correta. Desta feita, a acima referida Corte Constitucional, por meio do Devido Processo Legal, Justiça e Equidade fez prevalecer os princípios constitucionais e o espírito democrático. Esta análise, feita a partir de recortes epistemológicos e observância de caso concreto, se encontra robustecida pelos prodigiosos conhecimentos de Hans Kelsen e Ronald Dworkin, dois profícuos conhecedores da teoria do direito, mormente no que tange o positivismo jurídico.

Palavras-chave: ADPF 54; antecipação; decisão judicial; princípios; resposta correta.

¹Professor orientador, mestre e doutorando em Direito Civil pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro- UERJ

²Autor, graduando em direito pela Universidade Federal do Piauí

³Coautor, graduando em Direito pela Universidade Federal do Piauí

Abstract

This article has the objective to analyze the judicial decision of the accusation of breach of fundamental precept N°. 54, issued by the Supreme Court, which deals with the Therapeutic Anticipation of Childbirth. Therefore, it uses a theoretical framework that will stick to, especially the need of judges, in applying the law, seeking the only correct answer. This time, the above-mentioned Constitutional Court, through the Due Process of Law, Justice and Equity, invoked the constitutional principles and the democratic spirit. This analysis, made from epistemological clippings and observance of this case is strengthened by the prodigious knowledge of Hans Kelsen and Ronald Dworkin, two fruitful knowledgeable of the theory of law, especially regarding legal positivism.

Keywords: ADPF 54; anticipation; judicial decision; principles; correct answer.

Voltando-se para o cenário jurídico nacional que se configurou nos últimos anos é inconteste que a principal corte do país, o Supremo Tribunal Federal, ao exercer sua atribuição de exercício da jurisdição constitucional – especialmente em casos de grande polêmica e repercussão nacional - alçou-se ao centro das atenções dos diferentes setores da sociedade brasileira, como os movimentos sociais, a imprensa, o universo acadêmico e a classe dos juristas.

Neste diapasão, vários temas considerados como polêmicos pela opinião pública, foram objeto de delongados debates e históricas decisões. E históricas na medida em que os grupos sociais por elas atingidos enxergaram na Corte, o único meio para ver garantidos os direitos demandados.

Entre tantos casos de grande repercussão social, neste trabalho, abordaremos o caso da antecipação terapêutica do parto, que foi denominado por setores contrários à decisão de “aborto de anencéfalos”, e que foi julgado em 2012 pelo STF.

O motivo central que levou a esta escolha reside no impacto social provocado pela decisão, já que milhares de mulheres esperavam angustiosamente pelo reconhecimento, em âmbito geral, do direito à antecipação do parto no caso de descoberta de anencefalia do feto. Neste sentido, fica claro que a vida social, em sua complexidade e

dinamicidade, exige que os que se dedicam a estudar e atuar profissionalmente no campo do Direito devem estar sensíveis e atentos às demandas que afloram ininterruptamente do seio da vida social. Considerando então essa exigência, é imperiosa a necessidade de um estudo do fenômeno jurídico de forma holística. Estudo que, num contexto de uma sociedade altamente complexa e pluralista, onde as demandas sociais se mostram cada vez mais diversificadas e dinâmicas, é imprescindível ao estudante de direito.

O objetivo dessa aprendizagem holística é levar ao domínio de uma gama de subsídios que propicie uma compreensão mais responsiva do elemento prático do direito, que consiste na decisão judicial. Para isso, muito importante se mostra o estudo das diversas teorias contemporâneas do direito, analisando-as e captando o diálogo entre elas a fim de clarificar as incompletudes e complementaridades entre elas.

Desta feita, o passo seguinte consiste em tentar verificar como as teorias foram incorporadas às práticas jurídicas. Para isso, o método de estudo de caso apresenta possibilidades bastante profícuas, já que permite aos acadêmicos estabelecer a interação entre o estudo abstrato das teorias e normas e sua aplicação no contexto social, realizando um estudo participativo. Sua utilização é de grande valor, mormente por permitir que o acadêmico seja confrontado com situações complexas, que inevitavelmente aparecerão em sua atuação futura.

O método do estudo de caso, como definem RESENDE & BUENO⁴:

“objetiva uma análise de um contexto da vida real em que o direito atua, em que se pode trabalhar através de diversas variáveis e enfoques, diferentemente do método dedutivo-abstrato, tradicionalmente utilizado no estudo do direito nas instituições de ensino brasileiras, em que o estudo se baseia na abstração normativista”.

Nesse sentido, o citado método estabelece uma ponte entre o estudo no plano meramente teórico e o assentado na análise das controvérsias.

Pois bem, feitas todas essas considerações e levando-se em conta as discussões, que, incontrolavelmente lhes são inerentes acerca

⁴ Resende e Bueno, 2013, p.4

das diversas teorias sobre o direito, a baliza do presente artigo se manifesta na seguinte questão norteadora: *em que sentido o direito deve ser tomado a fim de que, numa sociedade contemporânea complexa e pluralista, possa dar a única resposta possível ao caso concreto?*

E no intento de alcançar e demonstrar esse sentido, a tese que se propõe aqui vai tentar responder a indagação suscitada afirmando que, *o direito, deve ser encarado não apenas num viés legalista, mas voltar-se, sobretudo, para um viés principiológico, indo na direção de um direito como integridade. Assim, a resposta em cada caso tenderá a ser a única correta.* Para perquirir a tese proposta, em primeiro turno faz-se necessário uma razoável descrição do caso em estudo.

O caso

A Arguição de Descumprimento de Preceito fundamental (ADPF)54, formalizada em 17 de junho de 2004, foi ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. O ajuizamento da ADPF 54, segundo a própria Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, se justifica na propositura de defender a saúde da mulher, assim como também se alicerça pelos princípios da dignidade da pessoa humana, legalidade, liberdade e autonomia da vontade, todos homologados na Carta Magna da República, de 1988. Todavia não se tratava do primeiro caso que envolvia fetos anencéfalos para ser julgado pela Suprema Corte deste País. O primeiro, que se tem registro, dizia respeito ao *Habeas Corpus* nº 84.025-6/RJ, que teve a relatoria do ministro Joaquim Barbosa. Nessa ação a requerente, uma mãe grávida no sexto mês de feto anencéfalo, pedia o quanto antes possível que julgassem seu caso, porém, a ação não teve prosseguimento devido a morte do feto.

Para Luís Roberto Barroso, advogado da arguição, a forma como os magistrados julgavam os casos tangentes à anencefalia era inadequada, visto que os interpretavam à luz dos artigos 124, 126 e 128 (incisos I e II) do Código Penal Brasileiro. Tais artigos, segundo o advogado, não poderiam serem utilizados, pois não tratavam de condições análogas.

Em 12 de abril de 2012 o Supremo Tribunal Federal julgou em definitivo a inconstitucionalidade da interpretação segunda a qual, os supracitados artigos do código penal brasileiro, criminalizariam a ante-

cipação terapêutica de parto nos casos de anencefalia. O resultado final foi nove votos a favor da procedência do pedido da ADPF 54 e dois votos contra.

O relator do caso, ministro Marco Aurélio, votou pela possibilidade legal de interromper a gravidez de feto anencéfalo, portanto, pela procedência da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, número 54. Para o relator, é inadmissível que o direito à vida de um feto que não tem mínimas possibilidades de sobreviver prevaleça em detrimento das garantias à dignidade da pessoa humana, à liberdade no campo sexual, à autonomia, à privacidade, à saúde e à integridade física, psicológica e moral da mãe, todas previstas na Constituição. E diz mais⁵ “Cabe à mulher, e não ao Estado, sopesar valores e sentimentos de ordem estritamente privada, para deliberar pela interrupção, ou não, da gravidez”. Como relator, seu voto fora muito extenso, destacando também a laicidade do País, valorização da vida da mulher frente ao natimorto, da impossibilidade cogitada por aqueles que defendem o fim da gestação para a doação de órgãos, em quase todos os casos utiliza-se de conhecimentos científicos, dados históricos para ratificar sua decisão.

Como de praxe, nos grandes julgamentos prolatados pelo Supremo Tribunal, a maioria dos ministros seguem a linha de raciocínio do voto do relator. Neste caso não foi diferente. Logo, a ministra Rosa Weber, em seu voto, destaca a proteção da liberdade individual no que tange, principalmente, a liberdade de escolha da mulher em casos excepcionais como esse, assim como também frisa a incompatibilidade dos dispositivos do Código Penal Brasileiro que tratam sobre o aborto com a Carta Constitucional, pois, segundo a ministra, fere o princípio da dignidade da pessoa humana. Sem muitas delongas, o ministro Joaquim Barbosa ratifica ambos os votos dos ministros já citados.

O próximo a se manifestar, ministro Luiz Fux, enfatiza que em casos como esse o Supremo tribunal Federal deve ter uma posição minimalista e pluralista, destacando a importância da proteção da saúde física e psíquica da gestante. Por fim, explicita sua indisposição em adentrar no mérito de qual vida seria mais importante. Para a ministra Cármen Lúcia, a interrupção da gravidez de fetos anencéfalos não configura crime. Destaca, em seu voto, as torturas que as mulheres sofrem quando se dispunham a esses casos; também problematizam

⁵ADPF nº54, 2012, p.35

a Democracia, sobretudo, na impossibilidade física e psicológica das mulheres grávidas de fetos anencéfalos quanto ao constrangimento, liberdades de locomoção e expressão.

Os ministros, Gilmar Mendes, Celso de Melo e Ayres Brito, em seus respectivos votos salientaram diferença entre legalização do aborto e a antecipação terapêutica do parto em caso de anencefalia, cabendo ao STF apenas se ater ao segundo. Para eles, os ministros, o direito da dignidade da pessoa humana da mulher deve ser resguardado, principalmente pelo fato do Brasil ser signatário de vários tratados internacionais que instituem a proteção à saúde da mulher e sua dignidade. Além do mais, destacaram que a interrupção da gravidez de anencéfalo é uma questão de saúde pública. Em sentido especial, o voto do ministro Ayres Brito é caracterizado por fortes colocações que vão de encontro a supervalorização da condição humanitária da mulher nessas circunstâncias “É preferível arrancar essa plantinha ainda tenra do chão do útero do que vê-la precipitar no abismo da sepultura”.⁶

Em seu voto, o ministro Ricardo Lewandowski, diverge substancialmente do relator outrora citado e demais ministros. Destaca, para fins de fundamentação e justificação de seu voto, num primeiro momento, a impossibilidade por parte do Supremo Tribunal Federal de agir como legislador positivo. Portanto, em casos como este, caberia ao Congresso Nacional resolvê-lo via criação de novas leis; também enfatiza os limites do controle de constitucionalidade e a independência e harmonia entre os poderes. Finaliza seu voto enfatizando a possibilidade de caso o aborto de feto anencéfalo se torne lícito, tal decisão também poderia ser utilizada em situações análogas. Não muito diferente do que Ricardo Lewandowski proferiu em sua decisão, o ministro Cezar Peluso também enfatiza a não competência do STF em legislar positivamente.

A perspectiva de Hans Kelsen do Direito como norma

Com a descrição dos votos proferidos na decisão do STF, pode-se então verificar aspectos salutareos presentes nas teorias do direito. E à primeira vista, as ideias do austríaco Hans Kelsen se destacam. Adota-se aqui, num primeiro momento, essa teoria, em face da necessidade de se definir o objeto com o qual se está lidando. Trata-se de

⁶ Idem, *Ibidem*, p.12

explicitar o que se entende por direito, sua essência epistemológica. Não obstante as críticas à teoria de Kelsen, adota-se aqui a concepção de que o direito corresponde ao padrão normativo da conduta humana. A ordem jurídica, que é uma ordem social, constitui-se de complexo de normas que regulam a conduta humana de forma cogente, por contar com o aparelho coercitivo estatal.

É em sua grande obra *Teoria Pura do Direito*, que o autor detalha os aspectos que ele considerava serem constitutivos do fenômeno jurídico.

O direito corresponde a uma ordem normativa na medida em que é um todo escalonado de normas com diferentes níveis hierárquicos, formando, em outros termos, um complexo supra-infra-ordenado. Começa-se, em princípio pelo que Kelsen denomina de Norma Fundamental (*Grundnorm*, no original). Esta norma é o fundamento de validade objetiva de toda ordem jurídica, precedendo e determinando a Constituição. A Norma Fundamental, por ser o fundamento último de validade, não é uma norma posta, mas somente pressuposta. É uma construção hipotética que resolve de forma perspicaz um problema lógico. E assim o é porque é necessário que o fundamento de validade das normas, ao se empreender uma subida da base até o topo do ordenamento, chegue a um ponto originário do qual se partiu e não exista outro além. Nesse ponto, Kelsen não inova, dado que esse tipo de “saída” para um problema lógico de fundamento primevo, é usado desde Aristóteles. É assim que o filósofo grego chega ao primeiro-motor, como sendo a causa primeira que coloca todo o cosmo em movimento e não é movido por nenhuma outra causa.

Para além de fundamento de validade, na teoria kelseniana, a Norma Fundamental é o nexa que dá unidade ao ordenamento, como ele próprio assevera⁷:

A sua unidade (do ordenamento jurídico) é produto da conexão de dependência de que resulta do fato de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na **norma fundamental** – pressuposta.

⁷ KELSEN, 2000, p.247

A *Grundnorm* então ordena que se faça a constituição. A constituição por sua vez, estabelece as normas gerais que regulam a produção de outras normas, ou seja, o processo legislativo, assim como pode também determinar, ao mesmo tempo, o processo e o conteúdo referente a criação de outras normas. As normas criadas por determinação daquelas gerais, são em relação a elas, normas inferiores. E assim o ordenamento desce até o degrau mais inferior, que corresponde ao das normas individuais, onde estão alocadas as decisões judiciais e os atos coercitivos aplicados aos apenados.

E acerca do tema da decisão judicial, destaca-se aqui a descrição kelseniana. Para ele, ela constitui ao mesmo tempo, aplicação e criação do direito. O autor, diferentemente dos teóricos adeptos da doutrina da exegese, que apregoaram a onisciência do legislador em face da regulação da vida social e o fetiche aos códigos, acredita que a atividade do juiz não se reduz a mera declaração do direito posto. Ele considera isto porque a tarefa de solucionar as lacunas e as incoerências entre as normas recaem sobre os ombros do juiz. Este, neste diapasão, não é uma mera “boca da lei”, como queriam os legalistas extremados.

Uma consideração que merece destaque é o fato de Kelsen já reconhecer a possibilidade da existência de um tribunal com capacidade criadora de normas gerais, mesmo em concorrência com um órgão legislativo central. Porém, para ele, quando isso se configura, o valor segurança jurídica é afetado em favor da flexibilidade do direito.

Apesar disso, e diante das demais ideias expostas acerca da teoria, percebe-se na decisão do Supremo Tribunal Federal, que os argumentos em grande medida vão se aproximar dela. Isto se verifica sobretudo ao se argumentar que, acima das vontades dos legisladores que criaram o Código Penal de 1940, que não colocaram entre as exceções à tipificação do aborto a antecipação terapêutica do parto no caso de anencefalia, está a Constituição Federal de 1988, como bem nos diz a ministra Rosa Weber⁸:

Contudo, no caso dos autos o argumento da vontade do legislador não pode ser simplesmente ignorado, ainda que sabidamente a interpretação histórica, pelo caráter subjetivo e pelo influxo da passagem do tempo autorizador da releitura dos enunciados normativos(basta lembrar o fenôme-

⁸ Idem, p.24

Temas de Direito II

no das mutações constitucionais), não se revista de maior relevo e esteja em jogo preceito muito anterior à Constituição de 1988, fundamento de validade de todas as normas integrantes do ordenamento jurídico em vigor.

Dessa forma, concluiu-se que qualquer legislação *infraconstitucional*, inclusive o Código Penal, deve ser interpretada à luz da Constituição Federal e não à luz da vontade de legisladores, vez que o direito é um fenômeno social, que passa por mutações constantemente. Portanto, deve ser uma expressão das aspirações sociais. Ademais, mister destacar o papel desempenhado, nas últimas décadas pelas supremas cortes dos países. Papel este que consiste na valoração da supremacia constitucional e do controle de constitucionalidade por meio da jurisdição constitucional, que, indubitavelmente, fora contribuição kelseniana.

Com efeito, podemos claramente identificar que os aplicadores, em várias decisões judiciais relacionadas ao tema, se detiveram tão somente a encarar o direito meramente sobre o viés convencionalista. O fato de o legislador não ter posto, literalmente, a previsão da antecipação terapêutica do parto, constitui-se um motivo para a não-interpretação além da literalidade da lei, provocando um descompasso entre aquilo que sociedade, e principalmente certos grupos sociais historicamente minorizados, esperam e aquilo que é produzido como decisão. Destaca-se então um das justificativas empregadas na decisão do STJ, em ocasião do ajuizamento de um *habeas corpus*, que pedia a cassação de uma autorização de antecipação de uma gestante no Estado do Rio de Janeiro⁹:

O Legislador eximiu-se de incluir no rol das hipóteses autorizativas do aborto, previstas no art. 128 do Código Penal, o caso descrito nos presentes autos. O máximo que podem fazer os defensores da conduta proposta é lamentar a omissão, mas nunca exigir do Magistrado, intérprete da Lei, que se lhe acrescente mais uma hipótese que fora excluída de forma propositada pelo Legislador.

No referido julgamento foi concedida liminar suspendendo a autorização obtida em outra instância. O que por sua vez, provocou a vinda do tempo de parto e o indesejável nascimento do feto natimorto.

⁹ Idem, p.12

Casos da mesma natureza vinham se repetindo em todo país, gerando, como destacaram os ministros, problemas de ordem psicológica e moral as mulheres que se encontram na referida situação.

Pois bem, diante de todas as considerações feitas, faz-se agora uma ênfase em relação a perspectiva adotada para definir o que se entende pelo fenômeno jurídico. Adota-se então a perspectiva de Kelsen, ou seja, o direito se mostra como ordem normativa da conduta humana, tendo como elemento de sustentação o poder estatal. Já a sua finalidade é pacificação social conjuntamente com a garantia do progresso da dinâmica de uma sociedade.

Ao dizer que o direito corresponde a ordem normativa, esclarece-se que se deve entender o complexo de normas em sua sintonia e conformidade com a Constituição. Atendo-se à realidade brasileira especificamente, temos que considerar que o documento constitucional vigente, determina a realização de uma vastidão de direitos e garantias fundamentais. E isso mediante normas, tanto normas enquanto regras, quanto normas enquanto princípios.

Acerca dos princípios, eles estão esculpidos na Carta Magna a fim de que balizem a produção normativa, das normas gerais às individuais. Neste sentido, um tema que envolve aspectos como vida, liberdade, saúde, dignidade da pessoa humana - entendida em todas as suas manifestações- e outros, a exigência de se observar a imperiosidade dos princípios é incontestável.

O Direito como integridade

A atividade jurídica, especialmente em seu processo interpretativo, deve ser conduzida como um todo coerente, condizente com os princípios de justiça, equidade e devido processo legal. A ideia de se vislumbrar a decisão judicial sobre a égide interpretativa-integrativa é alicerçada na teoria de Dworkin, que, por sua vez, utilizando da modelagem de sociedade democrática a notabiliza na circunscrição da comunidade moral

O que ele chama de comunidade de princípios (DWORKIN, 2003, p.243) revela o sentimento de responsabilidade e comprometimento para com todos os interesses do meio que interage socialmente. Assim, o entendimento do direito como integridade permitiria inaceitar o viés convencionalista, que prega o mero relato de fatos aconte-

cidos no passado, e o pragmatismo, caracterizado pela elaboração de programas normativos voltados para o futuro. Em verdade Dworkin parte do entendimento do direito como atividade interpretativa, que simultaneamente seja convencional e pragmático, ou seja, “a questão de se os juízes descobrem ou inventam o direito (...) sugere que só entendemos o raciocínio jurídico tendo em vista que os juízes fazem as duas coisas e nenhuma delas.” (DWORKIN, 2003, p. 271).

Os juízes, nesse sentido, deveriam conceber o direito como um processo dinâmico, uma atividade contínua de interpretação, sempre partindo do pressuposto que foi criado por um único autor — Romance em Cadeia. Esta concepção diz respeito a uma analogia entre o Direito e a atividade literária, instrumentalizada na projeção interpretativa de capítulos, ou seja, é a produção de um romance em série no qual cada romancista escreveria um novo capítulo a partir de uma análise interpretativa de outros já construídos, que então é analisado pelo romancista seguinte e adicionado de um novo capítulo, e assim por diante. Trata-se, portanto, de uma interpretação legal, em que os juízes são autores e críticos ao mesmo tempo:

Ler tudo o que outros juízes escreveram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, ou seu estado de espírito quando o disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes fizeram coletivamente, da maneira como cada um de nossos romancistas formou uma opinião sobre o romance coletivo escrito até então. (DWORKIN, 2005, p. 238)

Ronald Dworkin cria por meio de um *Tipo Ideal*¹⁰ a personificação do julgador na figura de Hercules, um juiz fictício que aceita o direito como integridade. É através do juiz Hercules que o autor explica com profundidade a atividade jurisdicional e explica as várias nuances do direito como Integridade. Nesse aspecto, de notório saber doutrinário, Dworkin deixa transparecer o quanto as bases filosóficas embasam seu conhecimento “O voto de qualquer juiz é, em si, uma peça de filosofia do direito, mesmo quando a filosofia está oculta e o argumento visível é dominado por citações e listas de fatos” (DWORKIN, 2003, p. 113). Fica evidente a importância da formação científica e sociocultural na formação dos profissionais do direito:

É perfeitamente compreensível que os juristas temam a contaminação pela filosofia moral,

¹⁰Sentido werberiano

particularmente pelos filósofos que falam sobre direitos, porque as nuances fantasmagóricas desse conceito assombram o cemitério da razão. [...] Não é necessário que os juristas desempenhem um papel passivo no desenvolvimento de uma teoria dos direitos morais contra o Estado, assim como não foram passivos no desenvolvimento da sociologia e da economia jurídicas. Eles devem reconhecer que o direito não é mais independente da filosofia do que essas outras disciplinas. (DWORKIN, 2002, p. 233234)

Assim sendo, o julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, número 54, pelo Supremo Tribunal Federal, representa um novo paradigma no que tange as garantias fundamentais dos direitos da mulher. Trata-se do reconhecimento da pessoa da mulher como sujeito de direitos, mormente pelas inúmeras possibilidades de vazão de sua liberdade de escolha, assim majoritariamente prolatara em seus votos os ministros da Suprema Corte do País. Ademais, alusivos os princípios constitucionais e democráticos referendados na ótica interpretativa, a supracitada decisão corrobora a ideia segundo qual¹¹ “o raciocínio jurídico é um processo de interpretação construtiva, de que nosso direito constitui a melhor justificativa do conjunto de nossas práticas jurídicas, e de que ele é a narrativa que faz dessas práticas as melhores possíveis”. Em outras palavras, casos como esse, em que as normas principiológicas, eminentemente de textura aberta, caracteriza a feição interpretativo-integracional da decisão judicial. Esta, por sua vez, se perfaz à luz de uma veemente busca pela única resposta correta, onde na maioria dos casos difíceis (hard case) existem respostas certas a ser procuradas pela razão e pela imaginação.

À luz da perspectiva constitucional, a Antecipação Terapêutica do Parto, outrora inimaginável perpetração no ordenamento jurídico, transmuta-se para uma nova configuração, contextualizada pela dinâmica sócio-organizacional de novos atores sociais, que, em verdade, constituem os mesmos; agora com suas aspirações devidamente reconhecidas e substancializadas. Daí o julgamento dos magistrados tangenciados unicamente às disposições dos artigos 124, 126 e 128, incisos, I e II do Código Penal Brasileiro, de 1940, cuja realidade de

¹¹DWORKIN, 2003, prefácio.

criação fora diferente da atualidade, descaracteriza o entendimento do fenômeno jurídico como expressão da dinâmica social. Assim entende o ministro Luiz Fux que, numa alusão a Dworkin, disserta¹²:

Consectariamente, o atual art. 128 do de Código Penal, que prevê as causas de justificação no crime de aborto, deve sofrer essa releitura moral a que refere Ronald Dworkin, exatamente porque há novas luzes sobre as novas necessidades científicas e sociais (...) Os hodiernos métodos de diagnóstico da anencefalia durante a gravidez inexisteram à época da edição da parte especial do Código Penal brasileiro. Nesse particular, não é algo irrazoável raciocinar-se sob o ângulo da própria tipicidade. Esse tipo sequer poderia ter sido previsto pelo legislador porque, na época, não havia meios de se detectar essa doença. E tanto isso é verdade que a ultrassonografia foi criada na Alemanha, em 1940, por pesquisadores da Universidade de Colônia, e em 31 de dezembro do mesmo ano era publicado o Código Penal brasileiro. Então, isso é uma prova inequívoca que nem se pensava em antecipação de parto de feto anencefálico.

Uma análise teórica do caso Antecipação Terapêutica do Parto, para além de qualquer superficialidade, sobre o viés interpretativo, remonta celebrenemente a obra *O Império do Direito*, de Ronald Dworkin, onde nos instiga a encarar o direito como integridade. Com esse termo ele quer dizer que os juízes devem ¹³“(…) identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor – a comunidade personificada –, expressando uma concepção coerente de justiça e equidade”. Nesse sentido, a interpretação, que é um processo em construção, está assentada em princípios, os da justiça, equidade e devido processo legal adjetivo. O viés principiológico, portanto é de importância central para a teoria dworkiana.

Feitas estas digressões, averigua-se que o Supremo Tribunal Federal encontrou a única resposta correta ao julgar a ADPF n° 54, especialmente por considerá-la como integridade. Defronte isto, será adiante analisado os três princípios supracitados à luz do caso concreto.

¹²ADPF n° 54, 2012, p.165

¹³Idem, p.272

O primeiro, devido processo legal, diz respeito a prescrição de certos procedimentos pré-determinados para o julgamento de qualquer cidadão, ou seja, procedimentos corretos para a aplicação de regras e regulamentos que o sistema produziu. Em outros termos¹⁴ “queremos que os tribunais e instituições análogas usem procedimentos de prova, de descoberta e de revisão que proporcionem um justo grau de exatidão, e que, por outro lado, tratem as pessoas acusadas de violação como devem ser tratadas as pessoas em tal situação”. Assim, o Supremo Tribunal Federal ao julgar o caso fez prevalecer a Constituição Federal da República, em detrimento da interpretação segundo a qual a prática da referida antecipação estaria criminalizada. Mais que isto, fez cumprir os princípios constitucionais da dignidade humana da gestante (art. 1º, III, CF); princípio da legalidade (art. 5º, II, da CF); direito à saúde (arts. 6º e 196 da CF), dentre outros.

Quanto ao princípio da justiça, caráter impar numa decisão judicial, consiste na substancialidade do processo político, isto é, tange a proporcionalidade de oportunidades, a igual participação de todos, distribuição de bens. Portanto, cabe aos¹⁵ “legisladores e outras autoridades que distribuam recursos materiais e protejam as liberdades civis de modo a garantir um resultado moralmente justificável”. É, nesse sentido, que as diversas audiências públicas convergem na efetivação do princípio da justiça. Foram chamadas para o diálogo vários seguimentos da sociedade, em situação de *amicus curie*: Conectas Direitos Humanos, o Centro de Direitos Humanos – CDH e o Movimento em Prol da Vida – MOVITAE; Confederação Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) e a ANIS – Instituto de Bioética, Direitos Humanos; especialistas na área de obstetrícia e biologia molecular.

Em se tratando de equidade, princípio de imprescindível contribuição para se chegar a única resposta correta, pode ser confundido com princípio da justiça. No entanto, estaria relacionado mais aos meios adequados para chegar em tal feito, assim, assevera Dworkin¹⁶, “que a equidade caracterizaria uma questão de encontrar os procedimentos políticos (...) métodos que distribuem o poder político de maneira adequada. Em outras palavras, estaria mais relacionado ao caráter procedimental do processo, à sua forma, se diferenciando da justiça

¹⁴Idem, p.200

¹⁵Idem, p.201

¹⁶Idem, p. 203

por eximir-se da substancialidade do processo.

Considerações finais

Tendo em vista a percepção de que vivemos numa sociedade altamente complexa, em que grupos sociais e interesses difusos reivindicam a adaptabilidade do sistema do Direito para reconhecer os direitos reclamados por aqueles, faz-se a defesa de um maior direcionamento no que tange a promoção da tese interpretativa. A interpretação nesse sentido, deve-se sincronizar-se às aspirações principiológicas que, no caso brasileiro, são de imperiosidade constitucional. Devem, por isso mesmo, serem o fio condutor da atividade jurisdicional.

Dito a proposta para o direito, é necessário que se faça uma consideração, pois com a tese interpretativista, não significa que os juízes devem abandonar o que já foi construído pela comunidade jurídica, os códigos, as regras. Muito pelo contrário, é deles que se deve partir. E, então, proceder a fundamentação de acordo com as necessidades históricas da sociedade.

O respeito à tradição se manifesta mesmo em um dos três princípios-chaves da integralidade, a saber o do devido processo legal. Noutro giro, a compreensão meramente convencionalista, pragmática ou que se fundamente em teorias do agulhão semântico, como diria Dworkin, mostra-se insuficiente no processo decisório. Insuficiente na medida em que, mesmo satisfazendo o devido processo legal, não alcançaria os outros dois, justiça e equidade. Nesse sentido, a autorização da antecipação terapêutica do parto constitui verdadeira transformação no âmbito de liberdade de escolha da mulher.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental** nº 54, 2012. Relator Ministro Marco Aurélio. Inteiro teor do acórdão. Disponível em: < <http://www.jurisciencia.com/wp-content/uploads/-ADPF54Anencéfalo.pdf>>. Acesso em: 14/06/2015.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos à sério**. 3.ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

_____. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. **Teoria Geral do Estado e do Estado**. 4.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

RESENDE, Clênio de Sousa; BUENO, Lucas Antônio. O ensino participativo contribuição do método do estudo de caso para a aprendizagem jurídica. **Publica Direito**, São Paulo, 2013. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=2adfd952d-109f78f>>. Acesso em: 01 jul. 2015, 19:45:18

O debate sobre as cotas raciais à luz das teorias de¹ Dworkin e Habermas

*Bárbara Hellen de Sá Ribeiro e Maria Eduarda Silva Alcântara*²
*Professor Ms. Deyvison Rodrigues Lima*³

RESUMO

O presente artigo pretende abordar a decisão judicial discutida pelo Supremo Tribunal Federal referente à constitucionalidade das ações afirmativas que utilizam critérios étnico-raciais na ingresso dos estudantes nas universidades, no intuito de dar um parecer e construir uma única resposta correta para o caso, fundamentando os argumentos nas doutrinas de Ronald Dworkin e Jürgen Habermas.

PALAVRAS-CHAVE: ações afirmativas, única resposta correta, Dworkin, Habermas, igualdade.

ABSTRACT

This article aims to address the court decision discussed by the Brazilian Supreme Court regarding the constitutionality of affirmative action using ethnic and racial lines in the ingression of students in universities in order to give an opinion and build a single correct answer to the case, basing arguments in the doctrines of Ronald Dworkin and Jürgen Habermas.

KEY WORDS: Affirmative action, single right answer, Dworkin, Habermas, equality.

¹Trabalho feito para conclusão da disciplina de Teoria Geral do Direito da Universidade Federal do Piauí ministrada pela Prof. Doutora Maria Sueli Rodrigues de Sousa.

²Acadêmicas do 3º período do curso de Direito da Universidade Federal do Piauí.

³Doutorando em Filosofia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro.

Introdução

No Brasil, mesmo decorridos quase 130 anos da abolição da escravidão, a situação da comunidade afrodescendente ainda permanece em um enorme grau de disparidade comparada aos outros setores da sociedade, tanto com relação aos indicadores econômicos, sociais e educacionais quanto à questão do preconceito racial que ainda se apresenta de maneira muito forte em nossa sociedade. Essa realidade tem levado o poder público a adotar medidas que visam dar fim às desigualdades existentes, como as políticas de ações afirmativas, dentre elas, as relativas à inclusão da comunidade negra nas universidades, gerando um debate recorrente na sociedade tendo em vista que ainda não chegamos a um consenso relativo à adequação ou não dessas políticas para promover a inclusão desses setores historicamente excluídos.

Por essa falta de consenso social, o Poder Judiciário brasileiro foi provocado a dar resposta acerca desse caso, que ganhou muita repercussão na mídia e na sociedade, acabando assim por se tornar um caso emblemático, por levantar um debate acerca da inconstitucionalidade ou não da adoção de cotas étnico-raciais para o ingresso de estudantes no ensino superior. Esse caso envolveu principalmente os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos e suscitou debates acerca da interpretação dos princípios que fundamentam a sociedade que é marcada pela diversidade étnica e de diferentes grupos sociais.

Este modelo de interpretação constitucional nasceu com a superação do modelo positivista pelo modelo pós-positivista e trouxe o entendimento de que não é possível reduzir o Direito apenas a estruturas normativas, mas que este também deve se adequar aos valores éticos e políticos, bem como aos princípios que nesse momento ganham forma normativa. As Constituições democráticas são fruto desse novo entendimento neoconstitucional através do qual a Constituição passou a ser vista não apenas como mera Carta de boas intenções políticas ou definidora das competências dos órgãos-políticos estatais, mas também com o papel de programar as atividades futuras do Estado e da sociedade, vinculando aos órgãos políticos estatais o compromisso de realizar ações positivas, e produzir políticas públicas que tenham o objetivo de realizar os fins constitucionais previstos pela ordem jurídica. Podendo estes fins serem realizados através de atos, processos

e medidas administrativas, bem como por meio de leis e sentenças, através do Legislativo, do Judiciário e do Executivo.

Este trabalho tem por objetivo analisar o julgamento, ocorrido em 2012, da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 186 impetrada pelo Partido Democratas (DEM) questionando os atos administrativos do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília – CEPE e do Centro de Promoção de Eventos da Universidade de Brasília – CESPE, os quais instituíram o sistema de reserva de vagas com base em critério étnico-racial (20% de cotas étnico-raciais) no processo de seleção para ingresso de estudantes, política essa que já vinha sendo adotada desde 2004.

Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), de relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, o arguente, partido Democratas, alegou que a política de cotas adotada na UnB feriria vários preceitos fundamentais da Constituição Federal, presentes nos Arts. 1º, caput, III; art. 3º, IV; art. 4º, VIII; art. 5º, I, II, XXXIII, XLI, LIV; art. 37, caput; art. 205; art. 206, caput, I; art. 207, caput e art. 208, como os princípios da dignidade da pessoa humana, de repúdio ao racismo e da igualdade, entre outros, além de dispositivos que estabelecem o direito universal à educação.

Quanto ao mérito da questão, a parte requerente afirma não discutir na ADPF sobre a constitucionalidade de ações afirmativas como política necessária para a inclusão de minorias, nem sobre a existência de racismo, preconceito e discriminação na sociedade brasileira, mas alega que pretende demonstrar que a adoção de políticas afirmativas raciais não é necessária no país, em síntese, porque a discriminação supostamente existente no Brasil é uma questão social e não racial. A adoção de cotas raciais promoveria, portanto, segundo o arguente, a ofensa arbitrária ao princípio da igualdade, gerando discriminação reversa em relação aos brancos pobres, além de favorecerem a classe média negra. No entanto, aqueles que se mostram favoráveis à política de cotas raciais defendem que, ao invés de ferir o princípio da igualdade, essa política busca realizar a igualdade material, além de promover também o pluralismo nas instituições de ensino e a superação de estereótipos negativos relacionados ao afrodescendente. Esse caso pode ser enquadrado como um caso polêmico, conhecido como *hard case*, “caso difícil”, que são questões judiciais complexas, na maioria

das vezes inéditas, mas que versam sobre questões recorrentes na sociedade. Diante de casos assim o intérprete não encontra uma regra precisa e clara que responda a questão, mas faz-se necessário que sejam analisados levando-se em conta o arcabouço principiológico, presente na Constituição Federal, sobre o qual o próprio Estado brasileiro se assenta.

Devido o caso ser concebido como caso polêmico, decidimos abordá-lo segundo a ótica das doutrinas de Ronald Dworkin, que constrói uma teoria da decisão judicial com vistas a encontrar a única resposta correta até mesmo nos casos mais emblemáticos, e Jürgen Habermas, pois este valoriza o uso da discursividade e a soberania popular. Diante disso buscaremos responder ao seguinte questionamento: É possível encontrar uma única resposta correta para o caso das cotas étnico-raciais, e como se chega a essa resposta *segundo as teorias de Dworkin e Habermas?*

Análise da decisão da ADPF 186 sobre a ótica das teorias de Dworkin e Habermas

O positivismo jurídico trata dos *hard cases* como os casos que não possuem norma jurídica específica e, desta forma, o juiz poderia utilizar-se de seu poder discricionário para decidir. Dworkin defende que, mesmo nesses tipos de caso, é possível chegar a uma única resposta correta, segundo ele: “mesmo quando nenhuma regra regula o caso, uma das partes pode, ainda assim, ter o direito de ganhar a causa. O juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente” (DWORKIN, 2011, p.127).

Para o autor, certos casos são polêmicos – difíceis – por questões de direito, de fato ou de entendimento. No caso da ADPF 186, a polêmica gira em torno do que representa a igualdade para o ingresso no ensino superior, portanto, pode ser enquadrada na definição polêmica por entendimento. No que se refere à igualdade, assim trata a Constituição Brasileira em seu Art. 5º, *caput*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à

Temas de Direito II

igualdade, à segurança e à propriedade.

Para tratar da questão igualitária, primeiro temos que determinar o quanto em nossa sociedade somos, de fato, iguais. A igualdade referenciada na Constituição não é encontrada na realidade presenciada em nossa convivência, o que revela a eminente necessidade de buscar a legítima equidade, por meio de ações concretas e políticas públicas que consigam materializar o que o Constituinte pretendia. Como observou o Ministro Relator, Ricardo Lewandowski:

É escusado dizer que o constituinte de 1988 – dada toda a evolução política, doutrinária e jurisprudencial pela qual passou esse conceito – não se restringiu apenas a proclamar solenemente, em palavras grandiloquentes, a igualdade de todos diante da lei.

À toda evidência, não se ateuve ele, simplesmente, a proclamar o princípio da isonomia no plano formal, mas buscou emprestar a máxima concreção a esse importante postulado, de maneira a assegurar a igualdade material ou substancial a todos os brasileiros e estrangeiros que vivem no País, levando em consideração – é claro - a diferença que os distingue por razões naturais, culturais, sociais, econômicas ou até mesmo acidentais, além de atentar, de modo especial, para a desequiparação ocorrente no mundo dos fatos entre os distintos grupos sociais. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2012, P.4).

Desse modo, não se trata de constitucionalizar um tratamento desigual, mas sim de diminuir a desigualdade já existente.

Dworkin defende a teoria da decisão judicial que engloba os Três Princípios para se alcançar a resposta correta, que são: Devido Processo Legal, Justiça e Equidade, ideia essa constitui a visão do direito como integridade. O juiz ideal, que o autor chama de “juiz Hércules”, apesar de existir apenas no campo das ideias, deve servir como modelo para os demais e, necessariamente, deve seguir os Três Princípios. Assim como o autor coloca em sua obra “O Império do Direito”:

O direito como integridade pede que os juízes

Temas de Direito II

admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas. Esse estilo de deliberação judicial respeita a ambição que a integridade assume: a ambição de ser uma comunidade de princípios. (DWORKIN, 2003, p. 291).

A ideia do direito como integridade para Dworkin seria ao mesmo tempo:

(...) a densificação vivencial do ideal da comunidade de princípio, ou seja, uma comunidade em que seus membros se reconhecem reciprocamente como livres e iguais e como coautores das leis que fizeram para reger efetivamente a sua vida cotidiana em comum, bem como em uma dimensão diacrônica, a leitura à melhor luz da sua história institucional como um processo de aprendizado em que cada geração busca, da melhor forma que pode vivenciar esse ideal. Desse segundo sentido decorre a metáfora do romance em cadeia. (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2011, p. 67).

Quando Dworkin fala do direito como integridade ele atenta para o fato de que nunca se deve ver o direito compartimentado, por mais que ele esteja dividido no momento da aplicação. É fundamental, portanto, que o intérprete no exercício da atividade hermenêutica, se volte tanto para o passado quanto para o futuro, que ele reconstrua a cadeia histórica do direito e busque aprender com a história institucional da comunidade, de forma a garantir a concreção dos princípios fundamentais ao buscar impor as normas que se mostrem mais adequadas àquela situação concreta. Para explicar este processo ele recorre a uma metáfora, conhecida como “romance em cadeia”, em que ele encara a decisão judicial como capítulos de um livro, onde cada nova decisão é um novo capítulo e deve estar de certa forma, relacionada aos “capítulos” anteriores e, ao mesmo tempo, deve ser

adequada ao fato concreto atual. Como em um momento é lembrado no voto do Ministro Ricardo Lewandowski:

Lembro, por oportuno, que o Supremo Tribunal Federal, em diversas oportunidades, admitiu a constitucionalidade das políticas de ação afirmativa. Entre os vários precedentes, menciono a MC-ADI 1.276-SP, Rel. Min. Octávio Gallotti, a ADI 1.276/SP, Rel. Min. Ellen Gracie, o RMS 26.071, Rel. Min. Ayres Britto e a ADI 1.946/DF, Rel. Min. Sydnei Sanches e a MC-ADI 1.946/DF, Rel. Min. Sydnei Sanches. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2012, p.11).

Dworkin também contribuiu significativamente para a forma de se encarar a Constituição como um sistema aberto de princípios e regras, possibilitando a aplicação de outros valores jurídicos e dando importância à Moral. Com relação aos casos difíceis, Dworkin sustenta que os padrões observados pelos juristas não devem ser levados em conta por questões de âmbito político, social ou econômico, mas sim porque a moralidade possui a exigência de praticar o que é justo, como é no caso das cotas. O referido padrão é denominado por ele de princípio, o qual é diferente da regra e deve determinar se a norma é correta para o momento, para o lugar e para o contexto moral.

Se, para Dworkin, Justiça é sinônimo de correção e Equidade é sinônimo de igualdade, as cotas se enquadram em ambos os critérios, pois, antes de tudo, elas possuem a função de equiparar a situação social desproporcional entre as raças no Brasil. Assim como foi exemplificado no voto do relator da ADPF, Ricardo Lewandowski, que inclusive cita Ronald Dworkin:

No campo acadêmico, segundo Ronald Dworkin (...) 'qualquer critério adotado colocará alguns candidatos em desvantagem diante dos outros, mas uma política de admissão pode, não obstante isso justificar-se, caso pareça razoável esperar que o ganho geral da comunidade ultrapasse a perda global e caso não exista outra política que, não contendo uma desvantagem comparável, produza, ainda que aproximadamente, o mesmo ganho' (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2012, p.4).

Temas de Direito II

Por outro ângulo, as pessoas que são contrárias a essa decisão poderão afirmar que categorizar as pessoas pelo critério da raça seria mais uma forma de desmentir essa igualdade, pois ao enquadrá-las em padrões pré-determinados não se poderia falar em equidade. Entretanto, Dworkin refuta esse argumento afirmando que, no caso dos Estados Unidos:

Os que redigiram a Cláusula pretendiam atacar certas conseqüências da escravidão e do preconceito racial, mas é improvável que pretendessem excluir todas as classificações raciais, ou que esperassem que uma tal proibição resultasse do que escreveram. Tornaram ilegais quaisquer políticas que violassem a igualdade, mas deixaram que outros decidissem, de tempos em tempos, o que isso significava. (DWORKIN, 2010, p. 348).

Em se tratando de Habermas, este defende que as definições jurídicas atendam as demandas sociais, pois, caso contrário, o Direito não estaria atendendo aos seus propósitos esperados. Ele valoriza a autorrepresentação, as pessoas necessitam se sentirem realizadas no Direito. Nesse contexto, estariam os negros e as demais classes excluídas se sentindo representadas na sociedade brasileira? Para Habermas, a maioria não tem o direito de oprimir a minoria, a Constituição tem o dever de garantir isso, e legítimo é tudo que é definido no processo legislativo por meio do Devido Processo Legal, portanto, a decisão da ADPF 186 legitimando as cotas seria todo o necessário para torná-las legais. O Direito apenas decepcionaria caso não atendesse as expectativas.

Habermas defende a participação popular de ambas as partes, ou seja, “aberto à comunidade de intérpretes” nas decisões, por meio do diálogo e discussão públicos, considerando a vontade democrática dos cidadãos, defendendo o poder comunicativo. Esta visão é encontrada no julgamento da ADPF 186, onde houve a participação da sociedade civil para a construção da decisão, por meio de diversas organizações tanto não governamentais, como entidades públicas dando um parecer sobre o caso, tendo argumentos tanto contrários como a favor. Houve audiências públicas e a participação da sociedade por meio do *amicus curiae*, como por exemplo, o argumento utilizado pela AFROBRAS

– Sociedade Afro-brasileira de Desenvolvimento Sócio Cultural, defendendo o uso das cotas, por meio da interpretação do princípio da igualdade: “a intenção de dar-se um tratamento mais favorável a quem está em situação de desvantagem, em razão de serem grupos débeis econômica e socialmente, não caracteriza arbítrio ou violação do princípio da igualdade, pelo contrário, pretende viabilizar a isonomia material”. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2012, p.12)

Assim como houve argumentos contra as cotas, partindo até mesmo de organizações com o intuito de representar a população parda como o MPMB – Movimento Pardo-Mestiço Brasileiro, criticando a necessidade da autodeclaração dos candidatos: “mostra-se incompatível com o dever do Estado de proteger todos os grupos participantes do processo civilizatório nacional e de valorizar a diversidade étnica e regional que não se limita às culturas indígenas e afro-brasileiras”. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2012, p. 13).

Em se tratando de um assunto tão importante como o critério utilizado para o ingresso dos estudantes nas universidades, pois se refere aos profissionais que no futuro integrarão e formarão o Estado brasileiro, é de extrema importância trazer para a decisão os próprios representantes da sociedade atual para que eles ponham suas questões acerca de qual o mais adequado método a ser utilizado para a escolha desses profissionais, no intuito de moldar a sociedade futura de forma melhor do que a que encontramos agora, levando em conta não só as próximas gerações, mas a procura por uma maior igualdade entre as classes, resultado esse que não será visto agora, mas que se refletirá no futuro.

Dworkin também defende que o saber jurídico não deve se restringir a apenas o conhecimento jurídico, mas que também esteja aberto para juízos morais e aspectos políticos, nesta parte ele dialoga em concordância com Habermas por este também ser aberto às discussões, e estes juízos morais e aspectos políticos podem ser vistos ao longo da decisão.

Para Habermas, o maior êxito que o Direito poderia alcançar seria integrar e estruturar os diferentes setores da sociedade, mesmo em casos de grupos sociais distintos com interesses divergentes, esta decisão sobre as ações afirmativas poderia ser uma alternativa viável para atingir este fim, pois o Direito deveria garantir oportunidades iguais

de sucesso para os dois lados de um caso. Desta forma, Habermas se posicionaria a favor de uma política que buscasse encontrar uma maior igualdade entre o povo, defendendo uma representação de todas as classes e grupos sociais, pois assim o Direito obteria sucesso e estaria cumprindo o que lhe é exigido. Desde o fim da escravidão, a população negra não obteve recursos e oportunidades para se firmar na sociedade como uma parcela representativa e participativa, estando sempre à margem e excluída, não obtendo políticas públicas para corrigir esse erro e se estabelecer. Sendo assim, o Estado, assim como o Direito, tem a obrigação de corrigir essa discrepância e procurar uma solução para corrigir essa desigualdade. A negação dessas ações afirmativas que considerem a etnia como critério para ingresso nas universidades seria apenas perpetuar essa desigualdade, não sendo essa a finalidade do Estado, ditada na própria Constituição, em seu Art. 3º, III.

Para Dworkin, a construção da única resposta correta, quando não existe uma regra clara acerca do caso, deve ser fundamentada pelo juiz não por meio de um método pré-estabelecido, mas sim assumindo uma postura diante do caso, baseada nos princípios. A questão da falta da regra clara não tira o direito de uma das partes de ter sua aspiração assegurada, ou seja, mesmo que as cotas étnicas não possuam uma norma específica para sua fundamentação, a comunidade negra tem o direito de ser ouvida pelo Estado e de ter essa questão discutida. Nesse cenário, é normal haverem discordâncias entre os diferentes setores envolvidos no caso, assim como o próprio Habermas também acentuara.

Habermas, assim como Dworkin, defende a existência de uma única resposta correta, afirmando que ela derivaria de um consenso. Desta forma, o fato da decisão favorável à UnB ter sido declarada unânime pelo Supremo Tribunal Federal já não seria mais do que o suficiente para comprová-la como única resposta correta? A interpretação da constitucionalidade não é algo definitivo e eterno, estando sujeito a mudanças com o tempo, pois o arranjo comunicativo pode mudar, podendo levar décadas para ser reconfigurado. Como há bem pouco tempo a segregação racial nas escolas estadunidenses era tratada como algo legítimo desde que as escolas possuíssem a mesma qualidade, visão essa que se alterou com o passar do tempo.

Para Dworkin, a decisão do juiz deve levar em conta a moral.

Obviamente, o juiz deve obedecer à norma, mas sua interpretação retirada dela deve ser moral. Para ele, o valor moral é racional. Enquanto na visão de Habermas, aqueles que pretendem diluir a Constituição numa ordem de valores desconhecem seu caráter jurídico específico, pois, enquanto normas do direito, os direitos fundamentais, bem como as regras morais, são formadas segundo o modelo normativo de ação obrigatório. Em se tratando da teoria de Dworkin, Habermas acredita que ele, ao buscar uma solução à legitimidade do direito, entrega o problema a uma teoria pretensiosa que permite, em casos difíceis, fundamentar as decisões singulares ante o contexto coerente do direito vigente racionalmente reconstruído. Para Dworkin, a resposta dada deve ser moral e para Habermas deve ser de direito. Na visão de Habermas, Dworkin se antecipa em aplicar uma teoria do direito e não uma teoria da justiça, entretanto, “é possível ampliar as condições concretas de reconhecimento através do mecanismo de reflexão do agir comunicativo, ou seja, através da prática de argumentação, que exige do participante a assunção da perspectiva de todos os outros”. (HABERMAS, 2003, p. 277).

Ações afirmativas e o cenário político atual

A experiência histórica de construção do poder político no Brasil esteve ligada a duas principais formas de dominação, o patriarcado e o escravismo, as quais implicavam no tratamento desigual de determinados seguimentos da sociedade, mulheres e negros eram vistos como subcidadãos e não gozavam dos direitos jurídicos e sociais. Como herança desses modelos de dominação ainda existe nos dias de hoje práticas de exclusão envolvendo mulheres, negros e índios, que impedem a plena realização do ideal democrático de igualdade na sociedade. Nesse contexto, o Estado brasileiro tem buscado através de algumas políticas públicas a realização da justiça social, o reconhecimento como sujeitos de direito das minorias excluídas na sociedade, garantindo-lhes a representatividade social e a igualdade de oportunidades. Entre essas políticas estão às ações afirmativas que consistem na criação de cotas com reserva de vagas nas universidades para estudantes das minorias sociais, como a que estava em questão no julgamento da ADPF 186, estudada nesse trabalho.

Temas de Direito II

A adoção de cotas raciais com objetivo de inclusão dos negros na sociedade sempre foi motivo de debates e de grandes controvérsias na sociedade, muito se questiona acerca da eficácia desse tipo de medida para corrigir situações históricas de desigualdade. Mesmo com o parecer favorável dado pelo Supremo Tribunal Federal, que decidiu por unanimidade pela constitucionalidade das cotas étnico-raciais, ainda houve resistência a essa política dentro do próprio judiciário, nos conselhos das instituições e no ambiente universitário. Um dos principais argumentos de oposição as cotas é a que elas ferem o artigo 5º da Constituição, que estabelece a igualdade de todos perante a lei sem distinção de qualquer natureza, no entanto, como demonstrado ao longo desse trabalho, o entendimento dos ministros que julgaram a ADPF 186 foi de que o art. 5º refere-se a igualdade formal de todos perante a lei, e que a igualdade de fato é algo a ser buscado, devendo portanto ser garantida a possibilidade a todos para adentrarem na universidade levando-se em conta as diferenças culturais, sociais e econômicas, sendo, desse modo, a política de cotas constitucional. Outro ponto levantado como crítica é o fato das cotas utilizarem o critério racial para a reserva de vagas, o que no entendimento do STF mostra-se válido devido a, no atual contexto brasileiro, a utilização exclusiva do critério social ou de baixa renda se mostrar insuficiente para a tarefa de promover a integração social de grupos excluídos através das ações afirmativas, sendo, portanto, necessário adotar nessas ações considerações de ordem étnica e racial.

Em 2012 o governo brasileiro sancionou a lei federal nº 12.711 que determina que as universidades federais reservem 50% de suas vagas a estudantes que cursaram o ensino médio em escola pública, sendo que metade dessa reserva de vagas deverá ser preenchida por alunos com renda familiar de no máximo 1,5 salário mínimo, e a outra metade devendo ser preenchida por pretos, pardos e indígenas, de acordo com a proporção dessas populações em cada estado. Mesmo antes da aprovação da Lei de Cotas várias universidades brasileiras já vinham adotando esse sistema há algum tempo, como é o caso da UnB e da UERJ, que foi pioneira no assunto iniciando no vestibular de 2002 a implantação de um sistema de cotas, e em 2013 já se completavam,

portanto, 10 anos da primeira experiência brasileira com cotas. Desde que algumas universidades estaduais e federais passaram a adotar a política de cotas o número de negros no ensino superior passou a apresentar melhoras, demonstrando assim que estas políticas possuem um importante papel de inclusão social. Os números em 1997 eram de apenas 2,2% de pardos e 1,8% de negros, entre 18 e 24 anos que cursavam ou tinham concluído um curso de graduação no Brasil. Um levantamento feito pelo MEC em 2013 mostra que esses valores passaram de 2,2% para 11% a porcentagem de pardos que cursam ou concluíram um curso superior no Brasil; e de 1,8% para 8,8% de negros. (CARVALHO, 2014).

Algumas pesquisas acadêmicas têm sido realizadas para estudar a experiência de implantação das políticas de ações afirmativas nas universidades, essas pesquisas tem se concentrado, principalmente, sobre a experiência de universidades como a UERJ, UnB e UFBA, as primeiras a adotar esse tipo de ação afirmativa, e têm demonstrado que muitos dos argumentos utilizados contra essa política não se comprovaram na prática. Um estudo realizado pelos doutores em Educação Teresa Olinda Caminha Bezerra e Cláudio Gurgel acompanhou a experiência da UERJ e resultou na publicação do artigo “A Política Pública de Cotas em Universidades, Desempenho Acadêmico e Inclusão Social” em agosto de 2011. A pesquisa utilizou os dados dos estudantes que entraram na UERJ através de vestibular entre 2005 e 2006, em seis cursos de diferentes áreas, e serviu para desmistificar algumas ideias, como a de que as cotas raciais iriam contribuir para baixar o nível acadêmico das universidades, o estudo demonstrou, no entanto, que apesar de os alunos cotistas terem obtido notas inferiores aos não cotistas no vestibular, depois do ingresso na universidade houve uma equiparação quanto ao desempenho de ambas às categorias, que se tornou bem semelhante.

Outra objeção levantada sobre as cotas é a de que elas seriam inúteis, pois o problema não seria o acesso de negros e outras minorias as universidades, senão a sua permanência. Quanto a isso as pesquisas realizadas até então demonstram que os alunos cotistas apesar de terem de enfrentar barreiras como preconceito e uma base educacional

precária, têm permanecido em seus cursos, como comprovam os números da pesquisa sobre a UERJ, onde a evasão dos alunos não cotistas é sempre maior.

Considerações finais

Desta forma, observamos que as ações afirmativas, principalmente as baseadas nos critérios étnico-raciais, se mostraram de extrema eficácia em diversos aspectos, possibilitando uma melhoria de vida para os alunos negros e a esperança de um futuro além do que o Estado até então indiretamente lhe proporcionava, além do aumento da diversidade cultural dentro da universidade, o que resulta em um enriquecimento acadêmico pra toda a comunidade, tornando os argumentos contrários à política de cotas raciais diminutos. Portanto, uma atitude que só trouxe benefícios para toda a sociedade, só poderia ser a melhor e definitiva resposta para este, até então, caso complexo. Apesar da comunidade de princípios, idealizada por Dworkin, existir apenas no campo da abstração, essa postura nos aproxima mais dela do que estávamos anteriormente. Mesmo que essa comunidade utópica seja impossível de ser alcançada, é nosso dever perseguir seus ideais.

Com base no que foi exposto, concluímos que é possível chegar a uma resposta correta com relação à constitucionalidade das ações afirmativas que adotam critérios étnico-raciais, utilizando-se das teorias de Dworkin e Habermas, ambos servem-se de técnicas distintas para alcançar a única resposta correta que, apesar de não serem idênticas, se correlacionam em muitos aspectos. Em Dworkin, encontramos base teórica para justificar a busca da equidade e da comunidade de princípios nas decisões judiciais e em Habermas encontramos a busca do Direito em satisfazer a sociedade e a importância desta na construção das decisões, e em ambas há embasamento para defender este ponto de vista.

REFERÊNCIAS

ADRIANO LESME. **Cotas raciais**. Disponível em: <<http://www.brasile scola.com/educacao/sistema-cotas-racial.htm>>. Acesso em: 11 de junho de 2015

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Direito Fundamental 186. Apelante: Partido Democratas. Apelado: Universidade de Brasília. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 26 de abril de 2012.

CAROLINE FELIZ SARRAF FERRI. **Teoria da integridade: uma abordagem da sistematização de Ronald Dworkin**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13123>. Acesso em: 11 de junho de 2015.

CARVALHO, Igor. Revista Fórum Semanal. **Dez anos de cotas nas universidades: o que mudou?**, mar. 2014. Disponível em: <<http://revistaforum.com.br/digital/138/sistema-de-cotas-completa-dez-anos-nas-universidades-brasileiras/>>. Acesso em: 11 de junho de 2015.

CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. 167 p.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes: 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Vol. 1, 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HAMEL, Marcio Renan. **A Interpretação do Direito em Sociedades Multiculturais e o Problema da Equalização Entre Direito Moral**

e Política. 2014. 20 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Curso de Pós-graduação em Direito. Pontifícia Universidade Católica, Rio de Janeiro, 2014.

INCLUSÃO SOCIAL UM DEBATE NECESSÁRIO. **Os 10 mitos sobre as cotas.** Disponível em:< <https://www.ufmg.br/inclusaosocial/?p=53>>. Acesso em: 11 de junho de 2015.

Disparidade entre Direito e acesso à saúde pública na realidade brasileira: um debate à luz de Habermas e Dworkin

Marcelo Leandro Pereira Lopes¹

Jônatas Cardoso Cavalcante²

Renan Alexandre Soares de Miranda³

Resumo

O presente trabalho se identifica com o desafio de propor a correta decisão judicial frente a demandas em favor da prestação de direitos sociais. À luz das contribuições de Dworkin e Habermas, propõe-se um modelo de decisão que coadune a dimensão deontológica dos princípios com a justificação racional dos discursos, formando um sistema de direito justo e democrático, capaz de conciliar segurança jurídica e justiça das decisões.

Palavras-chave: correta decisão judicial; direitos sociais; Dworkin; Habermas; princípios; discursos; segurança jurídica; justiça.

Abstract

This paper identifies the challenge to propose the correct judicial decision facing the demands in favor of the provision of social rights. In light of the contributions of Dworkin and Habermas, we propose a decision model that befit the ethical dimension of principles with the rationale of speeches, forming a right fair and democratic system able to reconcile legal certainty and fairness of decisions.

Key-words: correct judicial decision; social rights; Dworkin; Habermas; principles; speeches; legal certainty; fairness.

¹Bacharel em Direito pela UFPI. Especialista em Direito Constitucional UFPI/ES-API. Mestre em Direito UCB. Doutorando em Direito Constitucional UNIFOR. Professor Orientador do presente artigo.

²Acadêmico da Universidade Federal do Piauí

³Acadêmico da Universidade Federal do Piauí

Introdução

Com efeito, ao consagrar o direito à prestação de serviços de saúde por parte do Estado, a Constituição de 1988 quebrava um paradigma gerado pela histórica negligência da Administração pública frente às mazelas sociais que sempre assolaram o povo brasileiro. Estava-se diante de um momento histórico; não só pela superação do regime ditatorial e pelo advento da democracia, mas porque finalmente os representantes reunidos em Assembleia Nacional Constituinte deram ouvidos ao clamor vindo das ruas e positivamente as garantias fundamentais de uma sociedade justa e igualitária.

Garantias como o direito à saúde deixaram de ser encaradas apenas como normas programáticas e passaram a ser direitos reivindicados em juízo; a dignidade da pessoa humana passou a ser levada mais a sério e o Estado ficou incumbido de encontrar caminhos para a concretização dos direitos.

Nesse sentido, recentes decisões judiciais de tribunais brasileiros nos permitem identificar o novo momento pelo qual passa o direito constitucional brasileiro, marcado sobretudo pela valorização dos princípios, e pela essência democrática. Os princípios, que antes eram fontes de mero teor supletório para as Constituições, converteram-se em fundamento de toda a ordem jurídica.

Os antigos padrões de decisão se mostram insuficientes para responder satisfatoriamente às demandas de sociedades tão plurais e complexas, ensejando uma perspectiva que trate o direito como integridade, que valorize a sua legitimidade democrática construída através de arranjos comunicativos na intersubjetividade e que responda ao desafio de correção e certeza das decisões judiciais.

O presente artigo pretende, portanto, ver na prática a complexidade do conflito de interesses legítimos, desfazendo as aparentes antinomias e evitando a arbitrariedade dos juízes. Trata-se de conciliar as dimensões objetiva e subjetiva do direito a fim de encontrar soluções democráticas e coerentes com os princípios constitucionais. Assim, compromete-se com o desafio de encontrar a única resposta correta, combinando características descritivas e prescritivas.

Para tanto, é foco de estudo nesse artigo a decisão do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175 do Supremo Tribunal Federal, que versa acerca da responsabilidade civil do estado pelo

fornecimento de medicamentos. Nesse caso, é possível contemplar a teoria habermasiana do agir comunicativo nas sociedades democráticas, com o estudo do direito como integridade, de Ronald Dworkin.

A metodologia a ser usada consiste na análise detalhada da decisão judicial e do processo de convencimento dos juízes a partir da audiência pública anteriormente realizada, que serão relacionados com as teorias de Habermas e Dworkin. Assim, esclarecendo as devidas diferenças entre as tradições representadas pelos autores, estudar-se-á os reflexos desse novo constitucionalismo no judiciário brasileiro, que se propõe a levar os princípios à sério, fundamentando a decisão não em uma razão solipsista, mas no agir comunicativo habermasiano.

A partir da apreciação da contenda sob o crivo dos dois autores, será possível entender como suas preeminentes teorias podem auxiliar na redução do abismo existente entre a plenitude do direito subjetivo à saúde - garantido pela Constituição Federal de 1988 - e a realidade de acesso a esse direito no Brasil

Breve descrição do caso

Na origem do caso, o Ministério Público Federal ajuizou ação civil pública, com pedido de tutela antecipada, contra a União, o Estado do Ceará e o Município de Fortaleza, com o fim de obter o fornecimento do medicamento Zavesca (Miglustat) em favor de Clarice Abreu de Castro Neves, portadora da doença Niemann-Pick Tipo “C”.

Diante da decisão de extinção do processo sem resolução de mérito pelo Juízo da 7ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Ceará, o *Parquet* Federal interpôs recurso de apelação, no qual, em segunda instância, a 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região deferiu a antecipação de tutela para que a União, o Estado do Ceará e o Município de Fortaleza fornecessem o medicamento supracitado à jovem de 21 anos.

Contra essa decisão, a União ajuizou pedido de suspensão junto ao Supremo Tribunal Federal (STA 175/CE) - a qual foi apensa a STA 178 por conter teor semelhante - alegando, em síntese, a ocorrência de grave lesão à ordem pública - uma vez que o medicamento requerido não foi aprovado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária e não consta da Portaria nº 1.318 do Ministério da Saúde - e de grave lesão à economia pública, em razão do alto custo do remédio (R\$ 52.000,00

por mês). Inferiu, ainda, a possibilidade de ocorrência do denominado “efeito multiplicador”.

Assim, em 18 de setembro de 2009, o Ministro Presidente do Pretório Excelso Gilmar Ferreira Mendes, subsidiado pelo entendimento da Procuradoria-Geral da República⁴, indeferiu monocraticamente, no mesmo despacho, os dois pedidos (STA 175 e STA 178), alegando não haver grave lesão à ordem, à economia e à saúde públicas.

A União, então, interpõe agravo regimental contra a decisão da Presidência do STF, ensejando a realização, no dia 17 de março de 2010, do julgamento cuja votação – negando provimento ao recurso de agravo - representa um marco na história da judicialização do direito fundamental à saúde, mormente devido à exposição contemplativa do Ministro relator Gilmar Mendes, seguido pelos demais membros da Corte. Em seu voto, fica evidente o afinco na tentativa de se por em relevo todos os aspectos decorrentes do direito à saúde, numa análise holística sobre o tema, analisando outros julgados; observando a Constituição e a legislação correlata; além de firmar um novo precedente ao STF e demais Tribunais.

Soma-se a isso realização da Audiência Pública nº 04 do Pretório Excelso, convocada pelo Presidente deste Tribunal com o fito de aclarar o pensamento dos ministros diante da excessiva judicialização do direito à saúde, agravada pela falta de rigidez quanto aos critérios adotados pelo próprio Supremo Tribunal Federal para decidir questões semelhantes⁵.

⁴Parecer da Procuradoria-Geral da República: “[...] A suspensão dos efeitos da decisão pode, portanto, ocasionar danos graves e irreparáveis à saúde e à vida da paciente, parecendo indubitável, na espécie, o chamado perigo de dano inverso, a demonstrar a elevada plausibilidade da pretensão veiculada na ação originária, minando, em contrapartida, a razoabilidade da suspensão requerida” - (fls. 148).

⁵Destacam-se as decisões contraditórias proferidas pela Ministra Ellen Gracie: na STA nº 91 e na Suspensão de Segurança nº 3073 negou a concessão de medicamento pleiteado, arguindo inexistência de recursos suficientes, bem como necessidade de racionalização dos gastos para o atendimento de um maior número de pessoas, atendendo o caráter de universalidade incorporado à regra do art. 196 da Constituição Federal, a fim de garantir o direito à saúde a todos, e não de forma individualizada. Também destacou a necessidade de se assegurar o direito à saúde por políticas públicas, devido ao caráter coletivo e universal destas. Assim, só poderia ser obrigatório o fornecimento de medicamentos previstos nas portarias do Ministério da Saúde. Diante dessa decisão, o Tribunal foi alvo do “efeito multiplicador”, porém, a Ministra, nas Suspensões de Segurança 3205, 3158 - nas quais os medicamentos também não estavam previstos na portaria 1318 do Ministério da Saúde - 3183 e 3231, decide pela concessão do pleito diante da hipossuficiência dos impetrantes.

Realizada no período de 27 a 29 de abril e nos dias 04, 06 e 07 de maio do ano de 2009, a Audiência Pública ouviu especialistas de diversas áreas relativas ao tema, abordando-se questões como o acesso às prestações de saúde no Brasil e os desafios do Poder Judiciário; a responsabilidade dos entes da Federação e ao financiamento do Sistema Único de Saúde (SUS); a gestão e a legislação do Sistema Único de Saúde (SUS), bem como a universalidade do sistema; o registro de medicamentos e insumos da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA); e políticas públicas de saúde diante da integralidade do sistema.

Toda essa discussão serviu de embasamento para o voto do Ministro Relator, haja vista o aporte teórico nobilitado pelos discursistas dos diversos segmentos profissionais.

Análise do caso à luz das perspectivas de Habermas e Dworki

Na análise do presente caso, a lição de Habermas mostra-se muito valiosa, na medida em que demonstra como uma democracia se constrói a partir da intersubjetividade e do reconhecimento mútuo de direitos. O elemento norteador aqui é a auto-legislação, que pressupõe que os submetidos ao Direito enquanto seus destinatários possam, a um só tempo, ser compreendidos também como autores desse direito.

É comum afirmar-se que a judicialização fere a separação de poderes, gera desequilíbrio na alocação de recursos e deixa de atender às camadas mais carentes da população, visto que, diante da escassez de defensores públicos, são imensas as dificuldades de acesso ao poder judiciário.

Como ponto positivo pode-se destacar que a proteção constitucional dada à matéria possibilitou ao judiciário apresentar-se como canal de acesso direto entre a população e o seu direito. O judiciário se mostra como o poder mais acessível ao povo, mais sensível às demandas sociais, corroborando com o seu papel de protetor dos direitos fundamentais.

Contudo, o grande número de demandas individuais demonstra que o ideal seria que a matéria fosse resolvida administrativamente, através de soluções negociadas e não através de sucessivos litígios. Ademais, uma análise desapercibida faz parecer que o Estado se mostra indisposto em promover mecanismos de materialização do direito, agindo como inimigo do cidadão que mais precisa. Na verdade, de modo

geral o que realmente existe é o conflito entre garantir o direito à saúde de uns e não ser capaz de assegurar o mesmo direito a outros.

É por isso que a situação se desenha tão complexa, sendo reflexo do drama humano frente à escassez de recursos e à abundância de demandas. Muito distante do conforto das abstrações teóricas, juízes espalhados pelas mais longínquas comarcas desse país continental são afligidos pela urgência dramática das necessidades humanas; faltam condições para que os gestores atendam todas as demandas e o magistrado fica diante de uma “escolha de Sofia”.

Nesse sentido se questiona em que situações o ativismo judicial é a melhor solução. Quando a autocontenção seria mais adequada? Com efeito, seria muito mais oportuno que o debate sobre a alocação de recursos fosse feito previamente, talvez uma vez por ano. Médicos, gestores de saúde, pesquisadores, representantes de Organizações não governamentais se reuniriam para debater o destino de recursos, a atualização e ampliação das formas de tratamento oferecidas pelo SUS, determinando o justo em saúde em determinado momento e lugar.

Assim, ter-se-iam critérios racionais e eficientes, compatíveis com a Constituição, tendo em vista que é justamente a falta de critérios universais que tem tornado o sistema disfuncional.

Vale ressaltar que diante da complexidade da disputa entre direitos individuais e coletivos a melhor solução deve ser construída a partir dos arranjos comunicativos em sociedade. A função judicial continua sendo essencial para casos específicos e, de fato os juízes têm legitimação democrática meritória, mas nos casos gerais é necessário estabelecer um padrão definido em lei. Ademais, a difusão de demandas demonstra que o problema não é localizado.

Conforme a perspectiva teórica de Habermas, se assumirmos que o sistema de direitos está sempre perpassado pela tensão entre facticidade e validade, veremos que essa tensão não se esgota com a feitura das normas. Assim, o direito está sempre se renovando e sendo avaliado pelo povo.

É compreensível que em uma sociedade plural e diversa como a contemporânea possa parecer utópico pensar em democracia fundada no consenso. Entretanto, o direito é eficaz justamente quando é entendido na tensão entre validade e facticidade, considerando as diferenças e estabilizando a validade social.

Não faz sentido que em uma democracia se fale em oposição entre cidadão e Estado, pois como já foi dito os direitos objetivos e subjetivos são cooriginários, nascem a um só tempo pela legitimidade popular, e o Estado surge justamente como instância central autorizada a atuar em nome do todo. Construir um sistema democrático em sociedades populosas e plurais é de fato um desafio. Mas a solução parece chegar justamente quando se dispõe a dar espaço para debates e discussões.

O Estado e todas as suas esferas de atuação são impelidos a substituir a razão solipsista pelo agir comunicativo, e com os tribunais não é diferente. O fato do judiciário convocar uma audiência pública para ouvir especialistas e diferentes setores da sociedade interessados no caso já demonstra uma transição de paradigmas. Humildemente os juízes reconhecem que não possuem o conhecimento absoluto de todas as nuances do caso concreto e se dispõem a ouvir a sociedade. Com isso não se pretere a segurança jurídica, nem se abre mão do desafio de se encontrar a única resposta correta, como queria Dworkin. Ao contrário, admite-se que não havendo vencedores ou perdedores em situações tão dramáticas, a solução mais justa é construída democraticamente, com a participação dos diferentes atores sociais.

Portanto, partindo do pressuposto que a melhor forma de fazer escolhas distributivas e de estabelecer critérios para decisões judiciais se fundamenta em bases democráticas, resta saber então de que forma a Constituição brasileira estabelece os limites e as possibilidades de implementação do direito à saúde. Como prescrito pelo artigo 196 da Constituição Federal a prestação deve ser “direito de todos”; “dever do Estado”; garantida mediante “políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doenças e de outros agravos, regida pelo princípio do “acesso universal e igualitário” às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

O ministro Gilmar Mendes, seguiu exatamente essa linha de raciocínio ao analisar cada um dos elementos que delimitam a prestação do direito à saúde. Com relação a ser um direito de todos é importante observar que a dimensão individual e coletiva são ambas protegidas. Dizer que, por se tratar de um direito social, o artigo 196 se consubstancia tão somente em norma programática, incapaz de produzir efeitos e indicando apenas diretrizes a serem observadas pelo poder

público, significa negar a força normativa da Constituição e o direito subjetivo que ela assegura. Os entes federados têm um dever de prestação positiva e a atuação do Poder Judiciário é legítima nas hipóteses em que a Administração Pública descumpra o mandamento constitucional em apreço.

Assim é que o Estado é responsável por desenvolver políticas públicas que visem à redução de doenças, à promoção, à proteção e à recuperação da saúde. O art. 23, II, da Constituição prevê a competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios que agem em responsabilidade solidária. Nessa perspectiva surgiu o Sistema Único de Saúde (SUS), organizado de maneira descentralizada através de uma rede regionalizada e hierarquizada, segundo o critério da subsidiariedade.

A despeito das dificuldades em alcançar sua eficiência plena, o SUS tem como base justamente a cobertura universal das ações de saúde através do financiamento público assegurado em legislação complementar. Desta feita, percebe-se que os problemas de eficácia social desse direito fundamental devem-se muito mais a questões ligadas à implementação e à manutenção das políticas públicas de saúde já existentes do que à falta de legislação específica.

No caso concreto, o que se deve observar primeiramente é a existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte. Caso a resposta seja negativa, é imprescindível distinguir se a não prestação decorre de uma omissão legislativa ou administrativa, de uma decisão administrativa de não fornecê-la ou ainda de uma vedação legal à sua dispensação.

A Lei Federal n.º 6.360/76 deixa claro que é vedado à Administração Pública fornecer fármaco que não possua registro na ANVISA. Trata-se de proteção necessária contra produtos cujos resultados sejam duvidosos e que possam apresentar risco à saúde da população, além da fixação de um preço condizente com o benefício clínico e os produtos semelhantes.

Contudo, essa regra não se configura absoluta. Em casos excepcionais, a importação de medicamento não registrado poderá ser autorizada pela ANVISA, devendo-se considerar inclusive que diante da rapidez com que novos produtos surgem, nem sempre o registro é feito em tempo hábil.

Configuram-se problemáticos também os casos em que a Administração Pública decide pelo não fornecimento de determinada ação de saúde. São comuns os casos em que o SUS fornece tratamento alternativo, mas não adequado a determinado paciente, ou que o SUS não tenha nenhum tratamento específico para determinada patologia. Importante ressaltar que a gestão do SUS só se torna viável mediante a alocação consciente de recursos, que considera a escassez dos mesmos e se pauta pelo princípio da eficiência. Assim, de modo geral, deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente. Contudo, isso não implica dizer que em casos excepcionais, quando o tratamento padronizado não for eficaz no caso concreto, não se possa abrir exceções.

Ademais, embora a estratégia de elaboração prévia de Protocolos Clínicos privilegie a melhor distribuição de recursos públicos e a segurança dos pacientes, ela pode se transformar em entrave ao acesso de pacientes do SUS a tratamento há muito prestado pela iniciativa privada. Nesses casos a omissão administrativa dá lugar à impugnação judicial, tanto por ações individuais como coletivas.

No caso em análise, como consta no relatório do Ministro Gilmar Mendes, havia provas concretas de que a jovem paciente era portadora da doença Niemann-Pick Tipo C e de que a medicação buscada (miglustat) é considerada pela clínica médica como único capaz de deter o avanço da doença ou de, ao menos, aumentar as chances de vida da paciente com uma certa qualidade. Os documentos juntados pelo Ministério Público Federal atestam ainda que o medicamento, prescrito por médico habilitado, é recomendado pela Agência Europeia de Medicamentos e já vinha sendo ministrado em outros pacientes no Brasil também em decorrência de decisões judiciais.

Tento alegado a ineficácia do uso de Zavesca (princípio ativo miglustat) para o tratamento dessa doença, a União e o Município de Fortaleza não comprovaram a improbidade do fármaco, limitando-se a inferir a inexistência de Protocolo Clínico do SUS. O agravante requeria a reforma da decisão, reforçando os argumentos antes apresentados para demonstrar a ocorrência de grave lesão à ordem, à economia e à saúde pública. Não foi oferecido tratamento alternativo, nem justificativa plausível para o não fornecimento, mas mesmo assim alegava-se

uma interferência indevida do judiciário.

Contudo, a despeito da complexidade já exposta, casos dessa natureza impelem ao judiciário uma única resposta correta, ou talvez seja mais prudente chamarmos de a melhor resposta dentre as possíveis, que é justamente aquela que leva os direitos a sério e atribui aos princípios o seu devido papel na ordem constitucional.

Os princípios, entendidos à luz do referencial teórico de Ronald Dworkin, são exigências de justiça, equidade ou de qualquer outra dimensão da moral política, devendo ser observados justamente por isto e não porque provoquem ou mantenham uma situação desejada (econômica, política ou social). Nesse sentido, pode-se entender melhor a tensão recorrente entre princípios e fins de determinadas políticas. O verdadeiro direito é aquele que prevalece mesmo quando obstaculize determinado fim político ou prejudique algum objetivo da administração pública.

Os direitos, embora não sejam absolutos, possuem uma essência própria e não podem ser suprimidos por cálculos de custo-benefício. Os direitos fundamentais, como princípios, têm um status deontológico e funcionam como trunfo (*joker*), como “carta na manga” a ser usada na presença de ameaça de violação. Veja-se, a respeito explanação de Dworkin na obra *Levando os Direitos a sério*:

Os direitos individuais são trunfos políticos que os indivíduos detêm. Os indivíduos têm direitos quando, por alguma razão, um objetivo comum não configura uma justificativa suficiente para negar-lhes aquilo que, enquanto indivíduos, desejam ter ou fazer, ou quando não há uma justificativa suficiente para lhes impor alguma perda ou dano. Sem dúvida, essa caracterização de direito é formal, no sentido de que não indica quais direitos as pessoas têm nem garante que de fato elas tenham algum. Mas não pressupõe que os direitos tenham alguma característica metafísica especial. Portanto, a teoria defendida nestes ensaios distingue-se das teorias mais antigas que se apoiam em tal suposição (DWORKIN, 2002, p. XV).

Assim, Dworkin visa combater aquelas teorias políticas que vinculam direitos a objetivos e fazem com que o direito tenha sua força

dependente do atendimento de fins utilitários. É necessário entender o direito como integridade e rejeitar tanto a postura dos convencionalistas quanto dos pragmáticos. Na perspectiva do direito como integridade as proposições jurídicas são verdadeiras quando constam ou derivam dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal, de acordo com o contexto histórico-político correspondente. São estes os critérios que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade⁶.

O convencionalismo erra quando limita a prática jurídica ao respeito e aplicação de práticas jurídicas convencionadas no passado, e também quando permite a decisão discricionária do juiz na ausência de padrões de decisão previamente convencionados. Falta a ousadia necessária para reconhecer as mutações do direito e o esforço de realizar interpretações contínuas para determinar o justo em determinado momento e lugar. Ademais, se no caso da judicialização do direito à saúde forem estabelecidos padrões de decisões gerais e vinculantes, as peculiaridades do caso concreto podem ser mitigadas com prejuízo para demandas individuais legítimas.

Se o peso dos argumentos se altera e a prática discursiva leva a consensos diferentes, é previsível que a prática dos juízes se modifique. Mas isso não significa que as mudanças vieram de convenções miniconstitucionais específicas, pois nada precisa ser estabelecido como convenção para que um sistema jurídico possa florescer. Na verdade, será suficiente que o nível de acordo de convicção seja auto o bastante em qualquer momento dado para permitir que o debate sobre práticas fundamentais, tais como a legislação e o precedente, possa questionar os diferentes paradigmas.

Por outro lado, o pragmatismo jurídico também erra em sua abordagem cética e, de certa forma, utilitarista do direito. O pragmatismo ignora a coerência com o passado e defende que os juízes tomem aquelas decisões que lhe pareçam melhores para o futuro da comunidade. Os juízes pragmáticos se preocupam tanto com o precedente que estão gerando, que acabam minimizando a força dos princípios. É por isso que, com relação à judicialização do direito à saúde, não é justificável que o juiz negue um direito legítimo temendo que o precedente formado motive futuras demandas cuja situação fática dificulte seu atendimento.

⁶DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*, p. 272.

No caso em questão, como bem salienta o voto do Ministro Gilmar Mendes, não procede a alegação de temor de que esta decisão sirva de precedente negativo ao Poder Público, com possibilidade de ensejar o denominado efeito multiplicador, pois a análise de decisões deve ser feita caso a caso, considerando-se da questão jurídica debatida.

A agravante não infirma o fundamento da decisão agravada de que, em verdade, o que se constata é a ocorrência de grave lesão em sentido inverso caso a decisão venha ser suspensa. Quanto aos argumentos de grave lesão à economia e à saúde pública, o alto custo de um medicamento ou tratamento não é suficiente para impedir o seu não fornecimento pelo Poder Público.

Também é perigoso pensar os princípios apenas como mandados de otimização e deixar que o juiz opte pela sua relativização no caso concreto. Admite-se que diante da situação de escassez e da distância entre o que está idealmente positivado na Constituição e a realidade social seja compreensível entender os princípios como normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Essa é a proposta de Robert Alexy, que propõe a ponderação como solução para conflitos entre princípios em determinado caso concreto. Especificamente com relação aos direitos sociais, dos quais o direito à saúde faz parte, ressalte-se a argumentação de Alexy:

De acordo com essa fórmula, a questão acerca de quais direitos fundamentais sociais o indivíduo definitivamente tem é uma questão de sopesamento entre princípios. De um lado está, sobretudo, o princípio da liberdade fática. Do outro lado estão os princípios formais da competência decisória do legislador democraticamente legitimado e o princípio da separação de poderes, além de princípios materiais, que dizem respeito sobretudo à liberdade jurídica de terceiros, mas também a outros direitos fundamentais sociais e a interesses coletivos. (ALEXY, 2008, p.512)

Nesse sentido, é oportuno destacar o alerta de Habermas, para quem a transformação dos princípios em preceitos de otimização suprimiria o seu sentido de validade deontológica⁷. Habermas esclarece

⁷HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: Entre facticidade e validade*, p. 257

que a tese de direitos fundamentais elaborada por Dworkin supõe uma razão prática incorporada na história e que emerge do ponto de vista moral, articulando-se numa norma fundamental que exige a mesma consideração e o igual respeito por cada um. A teoria dos direitos elaborada por Dworkin vista sob essa perspectiva, assemelha-se com o princípio kantiano do direito e com o primeiro princípio da justiça de Rawls, segundo o qual cada um tem um direito a iguais liberdades de ação subjetivas, lembrando também um direito natural que todos os homens possuem simplesmente porque eles são seres humanos dotados da capacidade de esboçar planos e fazer justiça⁸. Mas não é viável entender os princípios como fórmulas prontas contidas em conceitos abstratos.

Com efeito, a própria prática discursiva do direito reconhece que argumentos morais entram no direito através do processo democrático de legislação e o direito assimila inevitavelmente argumentos morais. Isso ocorre porque a moral, enquanto medida para o direito correto, encontra espaço já na formação política da vontade do legislador e na comunicação política da esfera pública, o que não significa uma não diferenciação entre direito e moral. O conteúdo das normas fundamentais do direito e da moral se cruzam ao conteúdo moral dos direitos fundamentais.

A partir disso surgem os argumentos de princípios que são tomados para a justificação externa das decisões judiciais, abrindo espaço nos discursos jurídicos para considerações de tipo ético e moral. Os juízes passam a controlar situações jurídicas indeterminadas tendo como pano de fundo finalidades políticas e princípios morais. Assim, os argumentos de princípio justificam uma decisão política que respeite ou garanta um determinado direito de um indivíduo ou de um grupo, conservando o nexo interno que liga a decisão no caso particular com a substância normativa da ordem jurídica em seu todo.

No caso da judicialização do direito à saúde, sendo este um direito social fundamental assegurado pelas normas constitucionais, sejam elas regras ou princípios, são indistintamente exigíveis contra o Estado, que deverá cumpri-las ora sob a forma de ações, medidas e políticas (princípios), ora proporcionando os bens da vida (benefícios ou serviços) especificados na norma (regras).

Os direitos sociais não constituem mera carta de boas inten-

⁸DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*, p. 242

ções ou utopia, por isso a impossibilidade econômico-financeira eventual do cumprimento no todo ou em parte de certos direitos sociais não justifica a pretensão de mitiga-las. Ademais, servem como forma de orientação para o administrador público, como princípios para elaboração de outras leis por parte do legislador e cobram a adequada aplicação diante de casos difíceis.

No processo de decisão judicial, cujo fundamento está em satisfazer simultaneamente às exigências da segurança do direito e da aceitabilidade racional, percebe-se a necessidade de que falhas das teorias realistas, positivistas e hermenêuticas sejam superadas. O positivismo de Kelsen e Hart falha quando não reconhece que as decisões corretas podem ser alcançadas através do conteúdo de princípios e não apenas pelos procedimentos normativos formais. A prática positivista não oferece resposta adequada aos casos difíceis, pois a garantia da segurança jurídica a partir de processos normativos acaba eclipsando a garantia da correção.

O realismo jurídico, por sua vez, peca por sua abordagem cética e por minimizar a necessidade de decisões consistentes ligadas a regras, abrindo espaço para a decisão discricionária do juiz. Já a proposta hermenêutica também falha quando permite que, a partir da referência de pré-compreensões, o juiz possa ceder à história das tradições autoritárias.

Não se pode chegar a uma falsa tese de autonomia que entenda o direito como regras específicas de aplicação, as quais tornam necessária uma decisão em termos de “tudo ou nada” em caso de colisão. Quando se admite um sistema constituído de princípios não se tem mais o problema da não-solubilidade do conflito entre regras. Isso porque, apesar de regras e princípios serem mandamentos cuja validade deontológica exprime caráter de obrigação, os princípios se diferenciam por não estabelecerem condições específicas de aplicação.

A resposta correta no caso concreto é dada pelo manejo na aplicação dos princípios. É necessário verificar que a legítima pretensão de assistência à saúde, quando aparentemente estiver em contradição com outra regra ou direito, será concretizada não por arbitrariedade do juiz, mas porque este deve dissipar as antinomias e proclamar o princípio que tenha maior força de convencimento, justificando-o racionalmente.

Uma decisão jurídica só é correta quando se encaixa em um sistema jurídico coerente. O ponto de partida para a decisão adequada é a validade pressuposta das normas estabelecidas pelo legislador político, tendo em vista que as decisões singulares devem estar fundamentadas a partir do contexto coerente do direito vigente racionalmente reconstruído.

Os componentes básicos da decisão devem ser a certeza e a correção. A preocupação do juiz não se encerra na simples identificação da resposta juridicamente correta, mas dever resultar na busca pelo complemento ideal do direito, que é a justeza da decisão, isto é, os juízes sem inventar o direito devem encontrar a resposta que explica coerentemente e justifica moralmente o direito.

Correção essa que Habermas entende como a aceitabilidade racional, apoiada em argumentos. Para saber se estão preenchidas as condições de validade de um juízo, não basta lançar mão de evidências empíricas diretas ou de fatos numa visão ideal: isso só é possível pelo discurso, pelo caminho de uma fundamentação que se desenvolve argumentativamente⁹.

Mas sendo os princípios dinâmicos e sem hierarquia previamente estabelecida, como garantir a segurança jurídica e evitar a arbitrariedade? Eros Grau assevera que nem os princípios, nem a argumentação permitirão o discernimento da única resposta correta¹⁰. Para ele, a única resposta correta não existe. Pensa-se, assim, que o caráter deontológico dos princípios é puramente uma explicação ideológico.

Contudo, tal entendimento não é adequado em uma sociedade que se organiza democraticamente, que constrói consensos intersubjetivos e que faz uso do agir comunicativo para estabelecer o direito como o *médium* estabilizador dos conflitos. Ademais, o sistema jurídico brasileiro apoia-se numa história que permite deduzir-lhe princípios claros.

A resposta correta vem de um juiz que conheça todos os princípios e objetivos válidos que são necessários para a justificação e que tenha uma visão completa sobre o tecido dos elementos do direito vigente, ligados pela prática argumentativa. Assim, conseguir-se-ia reconciliar as decisões racionalmente construídas do passado com a pretensão à aceitabilidade racional no presente, ou seja, reconciliar a

⁹HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: Entre facticidade e validade*, p. 281

¹⁰GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*, p.34

história com a justiça e dissolver a tensão entre originalidade judicial e história institucional.

Assim, como em um romance em cadeia, pode-se recorrer às decisões do passado para reconstruir o direito das decisões presentes, em reverência à tradição, mas sem o ranço da sua autoridade irremovível. Neste processo o valor integra o cerne da argumentação, como densificador dos espaços legais obrigando o juiz a justificar argumentativamente a decisão, com base na vinculação ao direito e no compromisso com a justiça como valor.

É por isso que a categoria de juiz Hércules desenvolvida por Ronald Dworkin, apesar de ser um tipo ideal, representa a miragem de atingí-lo e tenta romper com a ideia positivista de discricionariedade do juiz em casos difíceis. Habermas, por sua vez, deixa entrever que o fardo atribuído ao juiz-Hércules só pode ser suportado por uma teoria do discurso e da ação comunicativa, pela qual a força do convencimento substitui a coação.

Conclusão

Trazendo essa contribuição teórica para o caso em questão, percebe-se que o ideal é que tanto as diretrizes para a materialização do direito à saúde quanto a decisão no caso concreto sejam pautadas em critérios democráticos de autolegislação. É a sociedade civil, enquanto corpo social que funda o Estado e legitima suas leis, a mais apta para lidar com a escassez e para estabelecer critérios de justiça distributiva. Ademais, o princípio da democracia fomenta a possibilidade de decidir racionalmente as questões morais, pressupondo a virtualidade de todas as justificações que devem ser alcançadas no discurso.

Nesse sentido a realização da audiência pública pode ser considerada uma forma de decisão pautada democraticamente na prática discursiva. Mas, deve-se reconhecer que se o uso de consensos formados na audiência se transladar para padrões de decisão gerais e cogentes, pode-se perder a especificidade do caso concreto e resultar em grave lesão aos direitos.

A decisão expressa no voto do Ministro Gilmar Mendes demonstra justamente a preocupação com as nuances do caso concreto e uma leitura das normas a partir do fato. Pode-se dizer que a decisão de indeferir o agravo regimental na suspensão de tutela antecipada foi de

fato a resposta correta para o caso.

Uma vez que as alegações de lesão ao erário e de interferência indevida do poder judiciário na administração pública não se configuravam relevantes frente à comprovada necessidade do medicamento necessário à paciente, e considerando que não houve motivação adequada para o não fornecimento de determinada ação de saúde pelo SUS, a resposta correta se fez notória.

Ademais, a inexistência de Protocolo Clínico no SUS não pode significar violação ao princípio da integralidade do sistema, nem justificar a diferença entre as opções acessíveis aos usuários da rede pública e as disponíveis aos usuários da rede privada. Não se configura também caso no qual o argumento da “reserva do possível” possa mitigar a importância de tratamento essencial.

A decisão da Administração Pública não poderia ser arbitrária e nem fazer acepção entre aqueles que lei considera como portadores de iguais direitos subjetivos. Ressalte-se que a decisão impugnada pelo pedido de suspensão, ao determinar a responsabilidade da União no fornecimento do tratamento pretendido, segue as normas constitucionais que fixaram a competência comum (art. 23, II, da CF), a Lei Federal n.º 8.080/90 (art. 7º, XI) e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Nesse caso, a decisão em favor da prestação do direito à saúde se mostra a única decisão correta, pois é justificada pelos princípios positivados a partir da democracia discursiva e comprova que o direito brasileiro está fundado nos pilares de justiça, equidade e devido processo legal. Princípios estes que se coadunam no standard da dignidade da pessoa humana e tecem um ordenamento verdadeiramente democrático.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (5. Região). Apelação cível n.º 408729 CE (2006.81.00.003148-1). Apelante: Ministério Público Federal. Apelados: União, Município de Fortaleza e Estado do Ceará. Relator: Juiz Francisco Cavalcanti, Primeira Turma. Decisão: 24 de maio de 2007.DJ, 28 jun. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Segurança. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n.º 175 CE. União, Advogado-Geral Da União, Ministério Público Federal Procurador-Geral Da República, Clarice Abreu De Castro Neves, Município De Fortaleza, Procurador-Geral Do Município De Fortaleza, Estado Do Ceará, Procurador-Geral Do Estado Do Ceará. Relator: Min. Gilmar Mendes (Presidente). Decisão: 17 mar. 2010. DJe 076, 30 abr. 2010.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos à sério**. 3.ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

_____. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. 2v.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The Cost of Rights**: Why Liberty Depends on Taxes. W. W. Norton & Company: Nova Iorque, 1999)

LIMA, Francisco Meton Marques de. **O Resgate dos Valores na Interpretação Constitucional**: por uma hermenêutica reabilitadora do homem como ser moralmente melhor. Fortaleza: ABC Editora, 2001.

LIMA, Francisco Meton Marques de. PESSOA, Robertônio Santos. **Constitucionalismo, Direito e Democracia**. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2009.

Colisão de princípios constitucionais: análise do Caso Lebach à luz de Dworkin e Alexy¹

Jessé Alcântara Soares²

Professor Samuel Barbosa de Carvalho³

Resumo

Em uma sociedade cada vez mais complexa e plural, os conflitos se fazem inevitavelmente presentes. O Direito tem sido, ao longo dos tempos, uma ferramenta muito útil na manutenção da ordem e da coesão social. Entretanto, em algumas situações os próprios fundamentos do Direito parecem apontar para soluções contraditórias. Portanto, como deve decidir o juiz em face de um conflito de princípios? Para chegar a uma resposta, estudar-se-á duas das principais doutrinas sobre a decisão judicial, a de Ronald Dworkin e a de Robert Alexy, à luz de um caso concreto.

Palavras-chave: direitos fundamentais; colisão de princípios; ponderação.

Abstract

In an increasingly complex and plural society, conflicts are inevitable. The law has been, over time, a very important tool in maintaining order and social cohesion. However, in some situations the law's very foundations seem to point to contradictory solutions. So how should the judge decide in a case of conflict of principles? To arrive at an answer, two of the main doctrines about the judicial decision will be studied, Ronald Dworkin and Robert Alexy's. The analysis will be done in the light of a particular case.

Keywords: fundamental rights; collision of principles; weighting.

¹Trabalho apresentado para conclusão da cadeira de Teoria Geral do Direito da Universidade Federal do Piauí, ministrada pela professora doutora Maria Sueli Rodrigues de Sousa

²Acadêmico do curso do Direito da Universidade Federal do Piauí

³Professor substituto de Filosofia Jurídica da Universidade Federal do Piauí

Introdução

O presente artigo discute um caso concreto a partir dos pensamentos de dois dos grandes teóricos contemporâneos do Direito: Ronald Dworkin e Robert Alexy. O caso aqui trabalhado é paradigmático, especialmente na área constitucional, por se tratar de um conflito (aparente, segundo Dworkin⁴) de direitos fundamentais. O caso Lebach contrapõe, de um lado, a liberdade de imprensa e de outro, o direito à privacidade. A oportunidade de se conhecer e estudar autores de tamanha envergadura é ímpar, especialmente por causa de um ensino cada vez mais técnico nos cursos de Direito de nosso país, o que é algo absolutamente lamentável.

No Direito, o aplicador sempre precisará decidir entre os interesses das partes: cada uma baseia-se em regras ou princípios para reclamar seu direito; cabe ao aplicador decidir como resolver as lides da maneira mais adequada. O devido processo legal é a orientação que o juiz deve seguir, a justiça é seu alvo. Na maioria das vezes, o Ordenamento prevê claramente uma resposta mais apropriada. No entanto, em alguns casos, especialmente os choques de direitos fundamentais, como no caso aqui trabalhado, a decisão torna-se muito complexa, pois é como se a realidade questionasse os fundamentos do próprio Direito.

Os direitos fundamentais possuem natureza principiológica: têm um notório conteúdo axiológico, o que significa dizer que vão além da frieza da letra da norma, por trazerem *valores* ao Ordenamento jurídico.

Ao contrário do que já concluiu a doutrina no passado, hodiernamente os princípios são carregados de normatividade, o que significa dizer que vinculam a decisão judicial mais até do que as próprias regras, já que os princípios constitucionais sustentam todo o Ordenamento: são a base e os valores fundamentais do próprio sistema normativo.

Sendo assim, faz-se mister conhecer a doutrina jurídica contemporânea e tentar aplicá-la ao caso concreto. No presente artigo trabalhar-se-á um caso de colisão de direitos fundamentais à luz do pensamento de dois importantes doutrinadores: Ronald Dworkin e Robert Alexy.

São inúmeras as diferenças entre a análise que Dworkin faz

⁴Dworkin não crê na existência de choque de princípios, já que se dois princípios estão se “colidindo”, é porque um deles está sendo indevidamente aplicado ao caso.

da decisão judicial e do Direito para a teoria de Alexy. Primeiramente, Dworkin busca uma leitura moral do Direito na busca da única resposta correta. Alexy, por outro lado, usa uma fórmula matemática para encontrar a decisão mais apropriada ao caso concreto. Além disso, Dworkin vê o Direito como integridade: a interpretação da lei buscando equidade e justiça através do devido processo legal. O protagonista dessa odisseia é o juiz Hércules, que busca nos precedentes e nas normas a principal orientação para decidir. Dworkin nem sequer acredita na possibilidade de um conflito de direitos fundamentais: para ele, esse choque é apenas aparente, já que só há uma resposta correta para cada caso. Já Alexy vê a decisão como uma ponderação, guiada pela conveniência e necessidade, entre os princípios conflitantes envolvidos no caso.

Ainda que percorrendo caminhos distintos, os pensamentos de Dworkin e Alexy parecem nos conduzir, nesse caso, à mesma conclusão. Entretanto, ainda que a obra de Dworkin seja brilhante, uma das mais respeitadas de todo o universo jurídico⁵, é em torno da teoria de Alexy que este artigo orbita, visto que é a que parece se adequar melhor a este caso. O pensamento de Dworkin será devidamente exposto e trabalhado, mas não nos parece adequado que haja apenas uma resposta correta a qualquer caso, ou ainda que não haja conflitos de princípios. O caso trabalhado nos parece uma prova disso: a liberdade de imprensa claramente se contrapõe aqui ao direito de personalidade e intimidade, tendo sido necessária uma análise cuidadosa, uma *ponderação* entre ambos os princípios. Mesmo assim, categorias da doutrina de Dworkin são evidentes no caso trabalhado, como o juiz Hércules, uma espécie de tipo ideal weberiano, que se esforça na busca da decisão judicial mais adequada.

Mas o que é um princípio? Conceituar um princípio não é fácil: muito se tem discutido sobre o tema. Ora, o Direito é uma ciência normativa, atuando na esfera do dever-ser. Seu objeto é a norma. Para Luís Roberto Barroso (2008), “normas são prescrições, mandamentos, determinações que idealmente destinam-se a introduzir a ordem e a justiça na vida social”. Pois bem, princípios são normas jurídicas. Esta seria uma conceituação válida, porém incompleta, pois não os distingue das demais regras do Ordenamento. Desse modo, Barroso destaca o

⁵Dworkin, além de excelente estudante em Harvard, foi também Rhodes scholar, a mais respeitada bolsa de estudos do mundo, da Universidade de Oxford.

caráter axiológico dos princípios:

“O reconhecimento da distinção valorativa entre essas duas categorias e a atribuição de normatividade aos princípios são elementos essenciais do pensamento jurídico contemporâneo. Os princípios – notadamente os princípios constitucionais – são a porta pela qual os valores passam do plano ético para o mundo jurídico. Em sua trajetória ascendente, os princípios deixaram de ser fonte secundária e subsidiária do Direito para serem alçados ao centro do sistema jurídico.”

Os direitos fundamentais são a fundamentação de qualquer Constituição democrática. Nossa Carta Magna, no primeiro parágrafo do artigo 5º, determina que “normas definidoras de direitos fundamentais possuam aplicação imediata”. Vale ressaltar que os direitos fundamentais não se resumem àqueles textualmente discriminados, mas também aos que podem ser implicitamente deduzidos.

Uma característica dos direitos fundamentais, enquanto princípios que são, é o fato de não terem um caráter absoluto: são relativos em sua aplicação. O próprio Supremo Tribunal Federal já decidiu que não há direitos absolutos no Ordenamento jurídico brasileiro.

Alexy defende o duplo caráter dos direitos fundamentais, de modo que estes podem ser normas na forma de regras ou princípios. Sinteticamente, ele conceitua os princípios como “mandados de otimização”, ou seja, determinam que algo seja realizado da maneira mais ampla possível.

Vale citar ainda que existem diferenças entre ‘direitos fundamentais’ e ‘direitos humanos’: estes são direitos considerados internacionalmente, enquanto aqueles estão previstos nas Constituições de cada Estado.

Destaque-se que existe uma diferença entre os termos direitos fundamentais e direitos humanos, na qual os últimos se referem a direitos internacionalmente considerados, enquanto que àqueles são os direitos previstos como tal na Constituição de determinado Estado.

O caso

O presente texto é uma análise do caso Lebach, que se passou na então Alemanha Ocidental, na década de 70. O caso é especialmente

complexo por se tratar de um choque de direitos fundamentais.

No ano de 1969, em Lebach, uma cidadezinha na então Alemanha Ocidental⁶, quatro soldados que faziam a vigilância de um depósito de munições foram brutalmente assassinados. Um quinto militar ficou gravemente ferido após a ação dos bandidos, que roubaram dezenas de armas do Exército alemão. Depois de concluídas as investigações, três réus foram a julgamento: os dois principais acusados, envolvidos diretamente nos assassinatos, foram condenados à prisão perpétua. O terceiro, cúmplice do crime por ter ajudado a preparar a ação, foi condenado a seis anos de reclusão.

Quatro anos depois do ocorrido, um canal de televisão alemão, o ZDF (Zweites Deutsches Fernsehen – Segundo Canal Alemão), fez um documentário reproduzindo todo o crime, no qual seriam veiculadas fotos dos condenados e até mesmo a insinuação de que eram homossexuais. O programa seria exibido um pouco antes da soltura do terceiro acusado. Diante disso, ele ingressou com uma ação inibitória para impedir a exibição do programa, pois, segundo ele, o documentário dificultaria seu processo de ressocialização. A medida liminar não foi deferida nas instâncias ordinárias, mas a lide chegou ao Tribunal Constitucional Federal Alemão, que concluiu que a proteção constitucional da personalidade não admite que a imprensa explore, por tempo ilimitado, a pessoa do criminoso e sua vida privada.

Numa tentativa de harmonizar os direitos em conflito (direitos de personalidade e de informação), o TCF decidiu pela preservação da imagem do reclamante. Desse modo, o canal de TV estava impedido de exibir o documentário se a imagem do réu fosse veiculada. Eis a ementa da decisão:

1. Uma instituição de Rádio ou Televisão pode se valer, em princípio, em face de cada programa, primeiramente da proteção do Art. 5 I 2 GG. A liberdade de radiodifusão abrange tanto a seleção do conteúdo apresentado como também a decisão sobre o tipo e o modo da apresentação, incluindo a forma escolhida de programa. Só quando a liberdade de radiodifusão colidir com outros bens jurídicos pode importar o interesse perseguido pelo programa concre-

⁶Após a Segunda Guerra Mundial (1939-1945), a Alemanha foi dividida em quatro áreas de influência pelas potências vencedoras do conflito. Depois, as áreas de influência se concretizaram em duas: a oriental, socialista e alinhada à União Soviética, e a ocidental, capitalista e alinhada aos EUA. A unificação só ocorreria em 1990, após a queda do muro de Berlim.

to, o tipo e o modo de configuração e o efeito atingido ou previsto.

2. As normas dos §§ 22, 23 da Lei da Propriedade Intelectual-Artística (Kunsturhebergesetz) oferecem espaço suficiente para uma ponderação de interesses que leve em consideração a eficácia horizontal (Ausstrahlungswirkung) da liberdade de radiodifusão segundo o Art. 5 I 2 GG, de um lado, e a proteção à personalidade segundo o Art. 2 I c. Art. 5 I 2 GG, do outro. Aqui não se pode outorgar a nenhum dos dois valores constitucionais, em princípio, a prevalência absoluta sobre o outro. No caso particular, a intensidade da intervenção no âmbito da personalidade deve ser ponderada com o interesse de informação da população.

3. Em face do noticiário atual sobre delitos graves, o interesse de informação da população merece em geral prevalência sobre o direito de personalidade do criminoso. Porém, deve ser observado, além do respeito à mais íntima e intangível área da vida, o princípio da proporcionalidade: deste modo, a informação do nome, foto ou outra identificação do criminoso nem sempre é permitida. A proteção constitucional da personalidade, porém, não admite que a televisão se ocupe com a pessoa do criminoso e sua vida privada por tempo ilimitado e além da notícia atual, como na forma de um documentário. Um noticiário posterior será, de qualquer forma, inadmissível se ele tiver o condão, em face da informação atual, de provocar um prejuízo considerável novo ou adicional à pessoa do criminoso, especialmente se ameaçar sua reintegração à sociedade.

Num primeiro momento, a liberdade de imprensa, conquista histórica do Ocidente, assegurada por qualquer Constituição democrática, parece prevalecer sobre o direito ao esquecimento. O acesso à informação por parte de toda a sociedade parece valer mais que a imagem de um criminoso. Essa análise e a decisão judicial, entretanto, precisam ser feitas à luz do caso concreto.

O TCF, após análise minuciosa, entendeu que o princípio da proteção da personalidade deveria prevalecer em relação à liberdade de informação naquele caso. Isso porque não haveria mais um interesse atual naquela informação (o crime já estava solucionado e julgado há anos). Em contrapartida, a divulgação da reportagem iria causar grandes prejuízos ao condenado, que já havia cumprido a pena e atrapalharia profundamente sua ressocialização. A emissora, então, foi proibida de exibir o documentário se veiculasse a imagem do requerente.

Metodologia

Desse modo, a questão norteadora deste trabalho será: *como produzir a decisão judicial mais apropriada em face de um conflito de princípios?* A tese aqui trabalhada será: *através da ponderação na busca pela integridade do Direito*. Para tanto, estudaremos duas das teorias jurídicas mais influentes da atualidade: a de Dworkin e a de Alexy. O presente trabalho analisará brevemente a questão a partir de uma análise casuística. O pensamento de Ronald Dworkin será o ponto de partida, mas é em torno da teoria de Alexy que a análise será aprofundada. O estudo de caso é a base do método aqui utilizado no artigo. A pesquisa bibliográfica será um importante complemento, como em qualquer trabalho acadêmico. A feitura deste artigo é uma ótima oportunidade para o aprofundamento dos estudos conduzidos nas aulas de Teoria Geral do Direito. Por fim, vale citar, ainda que brevemente, o trabalho do doutor Edilson Pereira de Farias, professor desta casa. Sua dissertação na conclusão do mestrado na UnB, sob orientação de Gilmar Mendes, *A colisão dos direitos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem versus a liberdade de expressão e informação*, é referência na doutrina brasileira sobre o tema.

O direito ao esquecimento

O direito ao esquecimento é a faculdade jurídica que o indivíduo possui de não permitir que algo relativo à sua vida pessoal seja exposto ao público em geral. Na era da internet, de armazenamento e veiculação cada vez mais eficientes, o debate em torno do direito ao esquecimento fica ainda mais complexo.

Citando o exemplo da jurisprudência americana, em que o direito ao esquecimento é conhecido como “the right to be let alone”, a liberdade de expressão e de imprensa parecem inquestionáveis. Essa afirmação pode ser exemplificada em casos como *New York Times v. Sullivan* (permissão de publicação de quaisquer manifestações, até informações inverídicas), *New York Times v. United States* (a liberdade de imprensa não pode ser restringida com a alegação genérica de defesa da segurança nacional) e *Miami Herald Publishing v. Tornillo* (o direito de resposta é inconstitucional).

O pensamento de Dworkin

Ronald Dworkin foi um dos grandes teóricos do Direito. Estudou em Harvard e em Oxford, onde foi aluno de Herbert Hart. Sua análise do Direito enquanto integridade e da importância dos princípios, aprimorada pelos debates com Hart —um positivista—, foi muito

importante na superação do paradigma normativista do positivismo jurídico. Dworkin vê o Direito como um conceito interpretativo: o aplicador deve buscar a interpretação da norma sob a melhor luz.

Um aspecto muito criticado na teoria de Dworkin é o da leitura moral do Direito. A relação entre Direito e moral é antiga dentro da Teoria do Direito. Quanto a isso, Dworkin e Hart divergiram, pois o primeiro defendia uma ligação necessária entre os dois. Hart, por outro lado, acreditava que havia conexões contingentes, mas não necessárias entre Direito e moral. Dworkin combate enfaticamente a decisão judicial pragmática, que evita a teoria moral: para ele, a existência de deveres jurídicos é justificada por uma fundamentação moral. A Constituição imporia limites morais às leis ordinárias; para isso, a moral precisa de uma fundamentação objetiva, expressa no texto constitucional. Segundo ele, alguns casos, mais complexos, não seriam resolvidos apenas com os métodos clássicos de interpretação.

Outro aspecto muito importante do pensamento de Dworkin é a diferença entre regras e princípios. A regra é uma norma clara e específica: em caso de antinomia, aplica-se uma norma ou a outra. Se duas regras são contrárias, uma delas deve ser extirpada do ordenamento. O princípio, por outro lado, é uma ideia geral e abstrata, uma exigência moral que sedimenta os valores de justiça e equidade. Um “choque” de princípios (para Dworkin, esses choques são apenas aparentes) é resolvido casuisticamente através do esforço do juiz Hércules na busca da única resposta correta. Portanto, num “conflito” de princípios, um será aplicado em detrimento do outro. O princípio não aplicado, entretanto, não deixa de ser válido. Tanto a regra quanto o princípio valem como normas, e por isso mesmo, vinculantes. De acordo com ele (2002):

“A diferença entre princípios jurídicos e regras é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou é inválida, e neste caso em nada contribui para a decisão.”

No caso Lebach, usando-se a linha de pensamento de Dworkin, os princípios em “choque” (entre aspas, pois, como dito

anteriormente, Dworkin não crê na existência desses choques) são a liberdade de expressão e o acesso à informação contra o direito ao esquecimento e de personalidade. Entenda-se personalidade num sentido lato: inviolabilidade da pessoa humana, respeito à sua integridade física e moral, inviolabilidade do direito de imagem e da intimidade. Num primeiro momento, a liberdade de imprensa, conquista histórica do Ocidente, assegurada por qualquer Constituição democrática, parece se sobrepor ao princípio concorrente⁷. Essa análise, entretanto, deve ser feita caso a caso. Na situação aqui explorada, o interesse coletivo de acesso à informação era pequeno, pois o caso já havia transitado em julgado há um bom tempo e o requerente havia sido apenas o cúmplice do crime, já tendo passado anos na prisão. O interesse privado, entretanto, era muito grande, pois o requerente desejava reintegrar-se à sociedade, o que seria prejudicado se sua imagem fosse veiculado no documentário. Desse modo, o Tribunal Constitucional alemão decidiu aplicar o direito ao esquecimento como meio de proteção ao indivíduo e, em última análise, à dignidade da pessoa humana: o interesse privado pesou mais que o coletivo. Partindo de Dworkin, pode-se dizer que a aplicação dos direitos de personalidade seria o meio mais eficiente de alcançar justiça e equidade através do devido processo legal.

A categoria do romance em cadeia⁸, muito trabalhada por Dworkin, ficou clara nessa decisão, pois a realidade trouxe ao Direito uma polêmica baseada em fundamentos do Direito. O juiz, tendo as normas como guia, criou e não criou Direito ao mesmo tempo. O poder decisório do juiz é livre, como foi aqui, mas ainda se pode reconhecer o Direito e a norma na decisão final.

O pensamento de Alexy

O alemão Robert Alexy é um dos mais influentes teóricos do Direito contemporâneo. É professor pela Universidade de Kiel e doutor honoris causa por esta casa. Alexy foi fortemente influenciado pelo positivismo, especialmente em Kelsen, Hart e Ross; mas o jusnaturalismo de Gustav Radbruch também o marcou consideravelmente. Sua teoria da argumentação jurídica o aproxima da doutrina interpretativa do Direito. É difícil pensar em um autor mais citado, especialmente nas

⁷Somado a isso, o interesse geral, que costuma prevalecer sobre o particular.

⁸O juiz é livre para decidir, mas sua decisão deve ter relação e ser coerente com a norma e com a jurisprudência.

decisões dos tribunais superiores, do que Alexy.

Um objetivo da teoria dos direitos fundamentais do alemão Robert Alexy é revelar os princípios e valores por trás das codificações, da jurisprudência e das estruturas dogmáticas. A pergunta norteadora da teoria de Alexy, por assim dizer, é: o que fazer diante de um caso de conflito de princípios? Para ele, resposta é *ponderação*. Mas como é concretizada a ponderação? Através da proporcionalidade, que se realiza pelo sopesamento entre conveniência e necessidade.

Primeiramente, Alexy diferencia as regras jurídicas dos princípios: estes são mandados de otimização, podendo ser cumpridos em diferentes graus, tendo em vista as possibilidades fáticas e jurídicas, cujo âmbito é determinado por regras e princípios opostos. As regras, por outro lado, devem ser cumpridas em tudo o que exigem, nem mais nem menos. Em caso de antinomia, os princípios devem ser harmonizados, por meio da ponderação, por exemplo: o princípio preterido não é invalidado, entretanto; em caso de antinomia de regras, por outro lado, a preterida deve ser extirpada do Ordenamento. Prossegue Alexy, afirmando que outra diferença é o fato de os princípios “serem razões para regras ou serem eles mesmos regras”, ressaltando a possibilidade de se constituírem “normas de argumentação ou normas de comportamento”.

Um princípio terá precedência em face de outro sob algumas condições: num caso concreto, aos princípios conflitantes serão aplicados pesos diferentes. Esses pesos são atribuídos de acordo com a importância da satisfação de determinado mandado de otimização no caso concreto. Por isso mesmo, um eventual conflito de princípios é resolvido através do sopesamento, ou seja, da ponderação entre os interesses colidentes, e não com a invalidação de um princípio em detrimento de outro. A ponderação busca definir, portanto, quais princípios têm maior peso no caso concreto, ainda que abstratamente estejam no mesmo nível.

Algumas das categorias trabalhadas por Alexy são a *ponderação*, que será bastante trabalhada, a *revisão constitucional*, termo que gera grandes discussões, e a *representação*, afinal ele é um contemporâneo, e a representatividade política do Congresso frente o ativismo judicial é uma questão muito debatida recentemente.

Na sociedade contemporânea, tão complexa e plural, o cho-

que de princípios constitucionais parece inevitável. Tome-se como exemplo a questão das biografias não autorizadas no Brasil. A teoria da ponderação de Alexy surge nesse contexto com o intuito de auxiliar os magistrados (e por que não, toda a sociedade) na busca da melhor resposta para o caso concreto. Alexy objetivou a busca pela máxima ponderação, aliada à cientificidade, a fim de encontrar a resposta mais racional e justa. Contudo, a forma sensitiva não está descartada na busca da solução para o conflito.

Na análise de tais questões, imediatamente se questiona: quem seria o titular de tais direitos fundamentais? Poderiam eles ser restringidos? Como seria exercido o controle da corte constitucional sobre o legislador? A teoria de Alexy procura responder essas e outras questões com pretensão de cientificidade. Para isso, argumenta que direitos fundamentais possuem caráter de princípios e, assim, em caso de colisão, busca-se uma solução a partir da ponderação entre eles. Os princípios e as regras funcionam como normas que fundamentarão os casos concretos, com diferentes aplicações. Os princípios são parte do *dever ser ideal* e disciplinam como algo deve ser realizado conforme as possibilidades jurídicas e fáticas, enquanto as regras funcionam como normas que podem ou não ser aplicadas.

Diante de uma colisão entre direitos fundamentais, o primeiro passo é a adequação do meio, procurando a forma mais adequada para atingir o fim desejado sem violar o outro princípio; verifica-se a necessidade desse meio, e, se necessário, utiliza-se a ponderação, para que seja escolhido o princípio mais adequado ao caso. Para isso, deve-se ter em conta a intensidade e a importância da intervenção em um direito fundamental. Ao aplicar a lei de ponderação, precisam ser observados três planos: definir a intensidade da intervenção, ou como esta afetaria um dos princípios; verifica-se a necessidade desse meio, e, se necessário; realizar o sopesamento, ou a ponderação propriamente dita, de modo a concluir se a satisfação de um direito fundamental justifica a não aplicação do direito que lhe aparenta ser contrário.

Um debate muito interessante na área acadêmica existe entre os contrerâneos Jürgen Habermas e Robert Alexy quanto à ponderação defendida por este. Habermas faz duas objeções principais: primeiro, a ponderação não seria racional, pois não haveria padrões racionais objetivos para isto, já que a subjetividade do juiz é, de fato, ilimitada.

Segundo, a ponderação não seria capaz de justificar todos os resultados de um julgamento, pois tiraria a questão do domínio das determinações jurídicas. Alexy rebate essas críticas afirmando que sua teoria está dentro da esfera da objetividade, até porque “a revisão constitucional está necessariamente conectada a uma reivindicação de correção. Se a ponderação ou balanceamento fosse incompatível com correção, objetividade e justificação, não haveria lugar para isso no Direito Constitucional” (ALEXY, 2012).

A teoria da argumentação de Alexy é bastante criticada pelo fato de apresentar uma “fórmula de peso”. Para muitos doutrinadores, o uso de uma fórmula matemática numa teoria jurídica carece de lógica. Para Alexy, entretanto, sua fórmula vem da administração, uma ciência humana que, assim como a economia, se vale de certas “leis” advindas da experiência empírica. Não entraremos aqui no mérito da questão, mas, de fato, muitos erros foram cometidos na busca da “certeza” matemática ou científica nas ciências humanas⁹.

A forma mais simples da fórmula de peso é $W_{ij} = I_i / I_j$

Explicando: I_i é o grau de interferência com determinado princípio P_i ; I_j é a importância de concretizar o princípio contrário; W_{ij} , por sua vez, é o peso concreto de P_i . O valor casuístico de cada princípio advém de um modelo triádico, na linguagem de Alexy: leve, l; moderado, m; sério, s. Utilizando-se uma sequência geométrica para representar essas possibilidades, tem-se 2^0 , ou seja, 1, para o leve; 2^1 , ou 2, para o moderado; 2^2 , ou 4, para o sério. A partir da análise da fórmula, depreende-se que o peso concreto de um princípio é relativo, pois a importância de satisfazer certo princípio é determinada casuisticamente.

No caso em análise, o Tribunal Constitucional Alemão considerou a proteção à liberdade de expressão como séria, s, portanto 2^2 ; a proteção ao direito coletivo de acesso à informação, *nesse caso*, como moderada, 2^1 , por se tratar de um *cúmplice* de um caso já encerrado há um bom tempo (serão representados por I_i). Por outro lado, o direito ao esquecimento teria uma grande importância, 2^2 ; a proteção aos direitos de personalidade, também um grande peso, 2^2 (serão representados por I_j). Assim tem-se:

⁹O próprio positivismo dogmático e normativista pode ser um exemplo dessa busca desenfreada pela certeza. Seu objetivo talvez fosse muito mais a segurança jurídica do que a simples manutenção do status quo.

$$W_{ij} = I_i / I_j$$

$$W_{ij} = 2^2 \times 2^1 / 2^2 \times 2^2$$

$$W_{ij} = 8 / 16$$

$$W_{ij} = 1 / 2 = 0,5$$

Analisando a fórmula, a conclusão é de que o direito à liberdade de expressão, nesse caso, tinha menos peso que os direitos de personalidade.

A Jurisprudência brasileira

O Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal¹⁰ reconheceu o direito ao esquecimento no Brasil, ao assegurar que “a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”, e logo depois o tema foi discutido pela primeira vez em um tribunal superior no Brasil, em duas decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ). Refere-se ao direito de as pessoas não serem mencionadas por atos praticados no passado, impedindo a divulgação de crimes que tenham cometido e pelos quais cumpriram pena ou foram absolvidas.

Apesar ainda ser pouco utilizado pelos tribunais brasileiros, existe a possibilidade de consultar e aplicar a jurisprudência de tribunais estrangeiros para estabelecer diretrizes no direito pátrio. O caso *Lebach*, julgado pelo Tribunal Constitucional Alemão, trata justamente desse ponto.

O Ministro Relator Luis Felipe Salomão citou o caso *Lebach* ao fundamentar os Recursos Especiais 1.334.097-RJ e 1.335.153-RJ. O primeiro recurso diz respeito a processo ajuizado por um dos acusados do caso “Chacina da Candelária” contra a Rede Globo, que narrou o crime durante apresentação do programa *Linha Direta*. Mesmo a emissora tendo divulgado que a absolvição do autor da ação, a 4ª Turma do STJ reconheceu o direito à indenização, por entender que, apesar de o crime apresentar alta relevância histórica, a apresentação do nome e da imagem de uma pessoa que fora absolvida não era indispensável para a narração da história. Sustentou o relator que o ordenamento jurídico

¹⁰Para mais informações, consultar <<http://www.cjf.jus.br/eventos/vii-jornada-de-direito-civil>>

brasileiro possui previsões que indicam o direito ao esquecimento de fatos passados, principalmente no direito penal, como ocorre com a prescrição.

Diversamente, a 4ª Turma negou direito à indenização dos familiares de Aida Curi no Recurso Especial 1.335.153-RJ, A mesma emissora de TV divulgou no programa *Linha Direta* a história de Aida Curi, que foi abusada sexualmente e morta em 1958 no Rio de Janeiro, crime que ficou famoso no noticiário policial da época. Os familiares da vítima alegaram que a veiculação de fotos reais, imagens e nome da vítima fez com que revivessem o sofrimento e a dor causados pelo crime. O entendimento do STJ nesse caso, cujo relator também era Luis Felipe Salomão, era de que o crime era indissociável do nome da vítima e, por isso mesmo, a emissora não poderia omiti-lo.

Apesar de diferentes decisões, o STJ mostrou-se coerente. Tendo como fundamento o caso *Lebach*, o Superior Tribunal se posicionou no sentido de que, não havendo mais interesse público na divulgação de um crime após decorrido certo período de tempo, cabe o direito ao esquecimento – para autor e vítima. Contudo, se diversamente ainda houver interesse público, como nos crimes “históricos”, e se o nome do autor e/ou vítima for indissociável do fato delituoso, eles poderão ser divulgados. Caso contrário, apenas a história poderá ser veiculada.

Percebe-se a tendência do Superior Tribunal de Justiça, em sua jurisprudência, de acatar o direito ao esquecimento, considerando que as liberdades de expressão e de imprensa não são direitos ilimitados, encontrando-se restrições nos casos de proteção da intimidade, da dignidade da pessoa humana e dos direitos de privacidade e personalidade. No entanto, o direito ao esquecimento encontra um importante desafio relacionado ao excesso de informações veiculadas e armazenadas indefinidamente pela internet.

Considerações finais

Como foi dito inicialmente, o pensamento de Alexy e de Dworkin, ainda que diferentes, nos levou à mesma conclusão: neste caso, a de que a decisão tomada pelo Tribunal Constitucional alemão foi a mais acertada, pois protegeu a personalidade de um cidadão contra o massacre da coletividade e da imprensa.

A Constituição de um país é o resultado de diferentes tendências e anseios políticos e sociais¹¹. Com o objetivo de promover a dignidade da pessoa humana de forma ampla, o legislador reúne no texto constitucional princípios fundamentais diferentes e, algumas vezes, divergentes. Quando dois ou mais princípios entram em choque, ocorre o fenômeno jurídico da antinomia.

Cabe ao intérprete da Constituição – função clássica da Suprema Corte – utilizar-se de princípios como razoabilidade, proporcionalidade e ponderação em busca da harmonia e o equilíbrio na aplicação do Direito.

Evidentemente, o caso aqui trabalhado é complexo. A doutrina o classifica como *hard case* e paradigmático do direito ao esquecimento. Uma situação como essa não aceitaria respostas curtas ou fáceis. Em uma sociedade complexa e plural, como a nossa, o debate, a análise aprofundada e um certo desprendimento quanto à letra fria da lei (não exatamente uma “desdogmatização” do Direito, como diria Lyra Filho, mas uma conscientização das limitações e dos *princípios* do Direito- pois não se pode esquecer que o Ordenamento não é apenas a norma) fazem-se imperiosos na busca pela justiça, fim último do Direito.

No presente trabalho objetivou-se compreender o que são os princípios, sua importância nos Ordenamentos jurídicos hodiernos e trabalhar os pensamentos de dois importantes teóricos em caso de conflitos entre esses direitos fundamentais.

Com a superação do paradigma jurídico estritamente positivista, os direitos fundamentais adquirem caráter de norma, de modo que sua aplicação torna-se obrigatória, não apenas pretendida. Dentre os direitos fundamentais, destaca-se o princípio da dignidade da pessoa humana, tido como base de Direito contemporâneo.

A teoria de Dworkin foi trabalhada no início do trabalho, mas foi em torno da ponderação de Alexy que o texto gravitou. Para ambos, o conflito entre regras jurídicas resolve-se na esfera da validade. Os princípios, por outro lado não perdem sua validade, são atemporais:

¹¹O caso aqui trabalhado se passou na Alemanha. A Constituição daquele país foi escrita logo após a derrota alemã na Segunda Guerra e os horrores do nazismo, sendo promulgada em meio a um país dividido pela bipolarização da Guerra Fria e reunificado apenas 40 anos depois. O contexto histórico e social é, indubitavelmente, fundamental na organização jurídico-política de um povo!

conflitos entre princípios são solucionados casuisticamente através da ponderação.

Conflitos entre direitos fundamentais são reflexo da complexidade e da pluralidade das sociedades contemporâneas: uma Constituição - como a americana, que dura há mais de 200 anos, ou mesmo a brasileira, promulgada após uma ditadura de duas décadas – reflete inúmeras ideologias ao longo do avanço temporal das sociedades.

A fim de resolver essas colisões entre princípios, o juiz vale-se da ponderação: deve realizar o sopesamento entre os interesses envolvidos nas lides, de modo a solucionar os conflitos. Nota-se aí a importância da argumentação jurídica, cada vez maior no Direito contemporâneo.

Entretanto, existem limites para aplicação da técnica da ponderação: deve-se sempre preservar o núcleo essencial dos direitos fundamentais. O princípio da dignidade da pessoa humana afirma-se como o principal critério substantivo na direção da técnica da ponderação.

A ponderação entre princípios constitucionais, no universo não apenas jurídico, mas no âmbito social como um todo, é uma tarefa muito complexa, mas fundamental na manutenção da ordem constitucional e social.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Ponderação, revisão constitucional e representação**. Interesse Público- IP, Belo Horizonte, ano 14, n. 71, p. 15-27, 2012.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. 3ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional**: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução Jefferson Ruiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MENDES, Gilmar. Colisão de direitos individuais: Anotações a propósito da obra de Edilson Pereira de Farias. In: **Revista tributária e de finanças públicas**. p. 388, 1997

RÜFNER, Wolfgang. Grundrechtskonflikte; In: **Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz**, vol. II, Tübingen, 1976- Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão.

Submissão compulsória a exame de DNA: solução jurídica

*Prof. Dr. Orientador. Edilson Pereira de Farias
Alana Gomes de Medeiros
Pétala Bezerra Sousa Pio*

Resumo

O presente artigo propõe-se a analisar a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal – STF no julgamento do habeas corpus n° 71.373-4, que solicitava anulação de decisão de primeira e segunda instância que determinava conduzir indivíduo sob vara a realizar exame de DNA com intuito de comprovar paternidade. A análise partirá da discussão semântica dos termos das leis, observando a noção de textura aberta proposta por Hart e da aplicação da teoria da ponderação dos princípios desenvolvida por Alexy. Concluir-se-á em conformidade com a decisão dos ministros do STF, observada a ampla margem de discricionariedade deixada à Suprema Corte.

Palavras-chave: Comprovação de paternidade; textura aberta; ponderação de princípios.

Abstract

This paper aims to analyze the decision made by the Brazilian Federal Supreme Court (STF) on the judgment of the habeas corpus n 71.373-4, that asked for the annulment of the decision token on the first and second instances about forcing the individual to take DNA test to prove paternity. The analysis will initiate by a semantic discussion on the laws' terms, observing the idea of open texture proposed by Hart, and the application of Alexy's balancing theory. In short, it defends in accordance with the decision of the STF ministers, even observed a wide margin of discretion left to them.

Keywords: paternity proof; open texture; balancing.

Apresentação

O caso em exame refere-se ao pedido de habeas corpus nº 71.373-4 julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 10 de Novembro de 1994. No processo, o Impetrante e também Paciente, José Antônio Gomes Pinheiro Machado, solicita que seja acolhido o pedido de habeas corpus, o qual suspende a obrigação, imposta por decisão judicial anterior, do Impetrante submeter-se a exame de DNA para comprovação de paternidade, sob pena de condução sob vara.

A ação de investigação de paternidade foi promovida pelas gêmeas Thais Marques Rosa e Lívia Marques Rosa, nascidas em 19 de Novembro de 1990, filhas de Heloísa Maria Marques Rosa, contra José Antônio Gomes Pinheiro Machado. Tal ação tramitou na Segunda Vara de Família e Sucessões do Foro Centralizado da Comarca de Porto Alegre.

Ao ser proferida ordem para exame pericial, o Impetrante se negou, o que foi aceito pela juíza, em 20 de Maio de 1992. Posteriormente, antes que a audiência fosse concluída, a juíza optou por coagir o Impetrante a realizar o referido exame. A 27 de Novembro de 1992, a juíza reafirmou sua decisão de que o Impetrante deveria comparecer para realizar exame, quando intimado, sob pena de condução sob vara.

O Impetrante, então, interpôs agravo de instrumento, que suspendeu a determinação. No julgamento do agravo, em 4 de Novembro de 1993, a Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul decidiu, por maioria, manter a decisão proferida em primeira instância.

Seguidamente, o Impetrante interpôs recurso especial e recurso extraordinário contra a decisão no agravo de instrumento. Tais recursos excepcionais não possuem caráter suspensivo, de modo que finda a fase suspensiva anteriormente concedida, o Impetrante foi novamente intimado a comparecer no dia 14 de Abril de 1994 para realização do exame.

Com o intuito de evitar a realização do determinado pelo julgamento do agravo de instrumento, o Impetrante solicitou uma liminar até que fosse julgado o habeas corpus, a qual foi concedida.

A 10 de Novembro de 1994, os Ministros do Supremo Tribunal

Federal acordaram, por maioria de votos, em deferir o pedido do habeas corpus, suspendendo a decisão que coagia o Impetrante a realizar o exame de DNA para comprovação de paternidade.

É importante salientar também que essa opção por não coagir o indivíduo à realização de exame foi, posteriormente, reiterada por diversos tribunais. De forma que, em 2009, esse entendimento passou a fazer parte do texto legislativo por meio da lei nº12004 de 29 de julho de 2009 que alterou a lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992. Passando a vigorar o seguinte texto:

Art. 2o-A. Na ação de investigação de paternidade, todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, serão hábeis para provar a verdade dos fatos.

Parágrafo único. A recusa do réu em se submeter ao exame de código genético - DNA gerará a presunção da paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório.

Diante do caso apresentado, o presente trabalho visa a promover uma discussão com base no seguinte questionamento: no caso sob estudo, a decisão do STF de deferir o habeas corpus foi a mais adequada ao contexto? Como resposta, será defendido que sob a visão de Hart, a partir da discussão da textura aberta, e de Alexy, a partir da ponderação de princípios, a decisão do STF foi, sim, adequada. Posta a questão norteadora, iniciar-se-á a discussão dos autores em relação ao tema.

Antes de partir para os autores em si, é apreciável que se estabeleça uma relação entre eles. A escolha de Hart e Alexy parte da noção de discricionariedade dos magistrados, compartilhada por ambos. Esses autores acreditam que diante do caso concreto, o juiz possui uma margem de escolha na determinação da decisão. Entretanto, cada um deles trabalha a discricionariedade a seu modo: Hart desenvolve a noção de textura aberta e Alexy, por sua vez, a teoria da ponderação de princípios.

O caso aos olhos de Hart

Primeiramente, torna-se necessário vislumbrar as ideias de Hart acerca da decisão judicial. Para o autor, as regras jurídicas são apenas

fontes do direito, uma vez que o direito em si estaria na decisão. Esta seria resultado de um processo de escolha do juiz a partir das regras jurídicas. Dessa forma, a liberdade de escolha do juiz existe, mas é limitada.

Essa liberdade para proferir a decisão é decorrente do que Hart denomina textura aberta, ou seja, termos gerais da linguagem, que abrem espaço para indeterminações e incertezas.

A textura aberta do direito significa que há, na verdade, áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais ou pelos funcionários, os quais determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em peso, de caso para caso. HART, 1994.

O pesquisador e juiz federal Wagner Mota Alves de Souza, sintetiza excelentemente essa ideia:

Observa-se, então, que a noção de textura aberta do direito introduzida por Hart envolve questões atinentes a indeterminabilidade do processo de comunicação das regras jurídicas e a necessária complementação no processo de aplicação de tais regras, haja vista a área de conduta deixada em aberto pelo legislador. SOUZA, 2008.

Dito isso, observa-se que no caso em análise, para apresentar os recursos excepcionais o Impetrante recorreu ao Art. 332 do Código de Processo Civil - Lei 5869/73 e aos incisos II e X do Art. 5 da Constituição Federal. Discutir-se-á no presente artigo os termos desses textos legislativos, se apresentam texturas abertas e como posicionar-se diante delas.

Lê-se no Art. 332 do Código de Processo Civil: “Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa” e no Art. 5 da Constituição Federal: “II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

Tomando primeiramente o Art. 332, pode-se questionar, de início, se a decisão da juíza em coagir o Impetrante a realizar exame de DNA pode ser considerada um meio de prova legal e moralmente legítimo. Depara-se, então, com as questões: o que considerar como legal e o que considerar como moralmente legítimo? Esses termos apresentaram-se como texturas abertas.

Acerca do princípio da legalidade, já se é possível observar um certo consenso entre os juristas, que gira em torno da ideia de legal como aquilo que está previsto na legislação:

(...) a legalidade equivale a não desconformidade da actividade administrativa e jurisdicional com a norma jurídica, seja qual for; e, num alcance mais significativo, não desconformidade com a norma legislativa (quando esta exista). (...) Não tem apenas de não ocorrer contradição com a lei. Tem que haver lei. E é à lei – formal e material – que cabe, por exemplo, regular uma liberdade. Jorge Miranda (apud NOGUEIRA, 2002).

A partir de legalidade como existência de uma lei positivada que autorize uma conduta, a discussão volta-se, neste momento, sobre a lei autorizar ou não a decisão da juíza de conduzir sob vara o Impetrante, caso este se negue à realização do exame. A incerteza aqui é facilmente solucionada por meio da observação do inciso II do Art. 5º da Constituição - anteriormente citado, uma vez que inexistente uma lei que autorize a decisão proferida pela juíza.

Por vez, volta-se agora para o termo “moralmente legítimo”, que configura uma textura aberta de solução mais custosa. É mister observar que o termo moral adquire significações das mais diversas de acordo com o intérprete. Moralmente legítimo aos olhos de quem? De certo, a resposta seria aos olhos do direito, mas não há no direito um consenso exato sobre o que é moralmente legítimo. Nesse momento, a discricionariedade do juiz limita-se apenas por decisões anteriores e pela doutrina.

Existe, entretanto, uma tendência a entender como moralmente legítimo o meio de prova que garanta a ambas as partes a realização de seus direitos. Nesse sentido, “ao analisarmos a moral e o direito em conjunto, de forma uníssona, poderíamos entender, por exemplo, como sendo moralmente legítimo todo o meio de prova que não anu-

lasse o direito fundamental daquele que resiste à pretensão”. LINS, 2009.

Tomando por base essa conceituação, é possível inferir que a sujeição obrigatória a exame de DNA não pode, de forma alguma, ser considerada um meio de prova moralmente legítimo. Isto porque fere direitos básicos do Impetrante como o da dignidade da pessoa humana e o da inviolabilidade da vida privada, da intimidade e do corpo, previstos na Constituição Federal.

Ainda dentro da discussão do termo moralmente legítimo, cabe destacar trecho do voto do Ministro Marco Aurélio, ao citar o desembargador José Carlos Teixeira Viogis, que proferiu: “Tenho entendido que o Poder Judiciário não pode impor exame a ninguém sob pena de desgastar-se, tendo em vista que o paciente pode não permiti-lo, eis que a inspeção no corpo humano é só moralmente legítima com o consentimento do interessado”.

Diante do exposto, torna-se, de certo, bastante evidente que a sujeição obrigatória a exame de DNA não pode, em hipótese alguma, ser considerada como um meio de prova legal e/ou moralmente legítimo. Portanto, ao ser proferida a decisão por tal exame em primeira e segunda instância feriu-se os direitos do Impetrante.

O inciso X do Art. 5º da Constituição trata, enfim, da inviolabilidade da intimidade e da vida privada. A questão da conceituação do que vem a ser intimidade e vida privada é assunto bastante debatido pela doutrina do direito. Há, entre os juristas mais desavisados, uma inclinação a fundir estes dois conceitos, tratando-os como sinônimos.

Contudo, pode-se afirmar que já existe um considerável volume de produções que buscam diferenciar os conceitos de intimidade e vida privada, quase todos compartilhando a ideia de que a intimidade está dentro do conceito de vida privada, o qual tem maior abrangência. Acerca desta temática, escreve o constitucionalista Alexandre de Moraes: “Os conceitos constitucionais de intimidade e vida privada apresentam grande interligação, podendo, porém, ser diferenciados por meio da menor amplitude do primeiro, que se encontra no âmbito de incidência do segundo.”(MORAES, 2007)

Torna-se fundamental, também, a definição desses conceitos, tanto para reforçar a diferenciação como para garantir melhor interpretação e escolha diante da textura aberta que representam. Nesse senti-

do, tem-se o entendimento dos doutrinadores Alexandre de Moraes e Edilson Farias:

Assim, intimidade relaciona-se às relações subjetivas e de trato íntimo da pessoa, suas relações familiares e de amizade, enquanto vida privada envolve todos os demais relacionamentos humanos, inclusive os objetivos, tais como relações comerciais, de trabalho, de estudo, etc. MORAES, 2007.

A intimidade, como exigência moral da personalidade para que em determinadas situações seja o indivíduo deixado em paz, constituindo o direito de controlar a indiscrição alheia nos assuntos privados que só a ele interessa, tem como um de seus fundamentos o princípio da exclusividade, formulada por Hannah Arendt com base em Kant. FARIAS, 1996.

Conclui-se, então, a intimidade como relacionada à subjetividade do indivíduo, seu relacionamento consigo mesmo e com seus próximos, seus costumes, seus modos de viver, suas práticas e seus segredos. A vida privada, por sua vez, perfaz um campo mais objetivo, compreendendo as relações do indivíduo com terceiros, cuja relação não seja de proximidade. Dessa forma, essas informações e relações são invioláveis, segundo a Constituição.

Tomando esses conceitos como base e mesmo diante da diversidade de conceitos que possam surgir acerca da intimidade e da vida privada, é inquestionável que estas compreendem a intangibilidade do corpo, a incolumidade física, a autonomia da vontade, a liberdade individual, o respeito à subjetividade de cada indivíduo e a dignidade humana. Como salientado, ainda, pela citação do doutrinador Edilson Farias, o direito à intimidade garante ao indivíduo o poder de discrição sobre suas informações. Coagir alguém a sujeitar-se a um exame físico, por meio do uso da violência, é indubitavelmente uma violação dos princípios fixados pelo inciso X do Art. 5º.

A partir da análise da semântica de cada um dos termos acima expostos, buscou-se assumir o papel dos ministros do Supremo Tribunal Federal a partir da delimitação semântica da textura aberta, de forma a solucionar as incertezas provocadas pela mesma. Feito isso, tais ministros estariam aptos a fazer sua escolha acerca da melhor decisão a se tomar diante do caso concreto.

No caso em análise, o STF deferiu o habeas corpus. Toma-se aqui, também, a posição de deferir o habeas corpus, no sentido de não sujeitar ninguém a submeter-se a exame de DNA forçosamente, uma vez que tal ato configura uma violação do Art. 332 do Código de Processo Civil e dos incisos II e X do Art. 5º da Constituição Federal, como foi posto anteriormente.

O caso aos olhos de Alexy

De fato, interessante é também considerar a visão de Alexy e observar o caso em questão aos seus olhos, bastante adequado para análise da situação presente. Tal pensador tem seu estudo embasado na teoria do uso da ponderação para buscar a melhor solução em casos concretos. Dessa forma, é admitido que princípios coexistem, e, assim, há tempos ou situações em que se colidem, não porque se contradizem, mas porque representam interesses e direitos distintos.

A colisão de princípios estabelecida tem uma solução, e, nas palavras de Virgílio Afonso da Silva: "deve ser resolvida por meio de um sopesamento, para que se possa chegar a um resultado ótimo. Esse resultado ótimo vai sempre depender das variáveis do caso concreto". (SILVA, 2003). Assim, para se solucionar um problema analisando princípios, deve-se buscar qual deles pode ser mais bem aproveitado, ou seja, otimizado, já que não se aplica na consideração de princípios o conceito de subsunção, e, assim, há de se estabelecer qual dos envolvidos deverá ter maior grau de satisfação.

A aplicação da ponderação proposta por Alexy se dá em três estágios:

O primeiro estágio envolve o estabelecimento de um grau de não satisfação de, ou detrimento a um primeiro princípio. Este é seguido por um segundo estágio no qual é estabelecido o princípio concorrente. Finalmente, no terceiro estágio, é estabelecido se a importância de satisfazer o último princípio justifica o detrimento ou a não satisfação do anterior. ALEXY, 2012.

Assim, é necessário salientar quais princípios estão em colisão neste caso. Tais podem ser enumerados como o direito a inviolabilidade do corpo, coligado ao direito do indivíduo à sua liberdade e vontade,

e o direito à dignidade da criança e do adolescente, ligado ao conhecimento de sua paternidade. É importante frisar que tais princípios estão presentes na Constituição brasileira, portanto coexistem, e entram em divergência unicamente por um conflito de interesses.

Dessa forma, a colisão se forma entre quem é mais merecedor: o direito de um cidadão, que não pode ter sua liberdade violada, tal como sua vontade e consentimento quanto ao uso seu corpo, protegido pela lei de inviolabilidade, ou o direito de um indivíduo menor, que tem garantido pela Constituição, com absoluta prioridade, os benefícios de convivência familiar.

Portanto, ao iniciar a discussão, precisa-se entender por que motivos a ação foi iniciada, que aponta que o direito da criança foi deturpado, por esta não poder ter acesso a uma prova que confirmasse a sua progenitura. Além de ver a aura da paternidade como algo elementar na vida de um ser humano, os argumentos que enfatizam tal posição partem do pressuposto que a figura paterna é necessária à trajetória de desenvolvimento da criança, no âmbito social, educacional e familiar. A instituição familiar é a base das características adultas desse indivíduo, pois é de onde vêm os valores que moldam suas atitudes, e, portanto, são, de certa forma, responsáveis pela conduta futura da criança no meio social.

Claramente, os direitos da criança e do adolescente são indiscutíveis, assegurados pelo Art. 227 da Constituição:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Ainda de acordo com a linha de pensamento que permite obrigar o cidadão a submeter-se ao exame hematológico contra sua vontade, é considerado que ao tornar presunção de paternidade factível, essa se configura em uma forma insatisfatória de desfecho do caso, quando se pode ter além de evidências, certezas da verdade envolvida no caso. Além disso, fica a indagação: até que ponto o direito à liberdade e in-

tangibilidade do corpo é absoluto, visto que a forma como se deve proceder o exame de DNA traz ao suposto pai nenhum prejuízo à sua saúde ou forma física, e o prejuízo então é praticamente nulo, visto que, ao mesmo tempo, observa-se que a não consumação de tal exame pode acarretar grandes prejuízos à formação social da criança?

Ademais, os argumentos também ficam acerca do interesse público e interesse privado. Segundo os defensores desse ponto de vista, o interesse de conhecimento de paternidade se configura em um interesse público, pois a instituição familiar trata-se de uma esfera pública da sociedade, e, portanto, tem seu direito como preponderante frente ao direito privado. Ainda mais, há também claramente redigido no artigo 339 do CPC o “dever processual de colaboração”, ao enumerar que nenhum indivíduo tem o direito de se eximir na colaboração com o Poder Judiciário. Assim, a proporção de violação física é vista como risível, e a recusa em realizar tal exame é vista como um caráter egoísta do suposto pai.

Contudo, o resultado da discussão priorizou o desejo do Impetrante, e deferiu o habeas corpus, apesar de haver muitos votos que optariam em indeferir a ação. Assim, a decisão tomada se valeu do direito do indivíduo à sua liberdade individual, à sua integridade física, ao princípio de inviolabilidade do corpo, que é preponderante frente aos argumentos anteriores.

Ademais, o direito da criança de possuir o conhecimento da progeneritura não caracteriza um direito indispensável: é intitulado como um direito personalíssimo; o fato de não assegurar-se com amplo grau de certeza a paternidade da criança não configura uma violação aos direitos da mesma, já que ter conhecimento de sua paternidade é possível assim como não o ter também é; tal direito não é essencial ao menor.

Artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente - O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça.

Portanto, tal alegação é insuficiente para justificar a quebra de um elemento básico da sociedade atual, que é a liberdade individual.

É importante salientar também que junto à recusa do Impe-

trante de se submeter ao exame de DNA, este assume uma confissão ficta, ou seja, uma presunção de paternidade. Assim, serão garantidos à criança todos os seus direitos, independente de um exame físico e, portanto, de qualquer que seja seu resultado. Assim, torna-se claro que o exame é uma burocracia a uma consequência já tomada: que o pai, assim, irá honrar suas responsabilidades inferidas pela presunção da paternidade.

É uma cláusula básica que assegura os direitos individuais, o indivíduo não é obrigado a fazer nada contra sua vontade, exceto em virtude de lei. Ora, se, até então, não há lei que regulamente a legitimidade ou não da realização do exame hematológico sob vara, logo o indivíduo é, claramente, livre a escolher manter seu direito de recusa.

Assim, o constrangimento que o suposto exame traria não é legítimo, principalmente ao elucidar a premissa de que nenhum cidadão é obrigado, além de não fazer algo contra sua vontade, a produzir provas contra si. Esse é um pressuposto básico do direito penal, que, ao, no caso, efetivar-se tal a busca de tal prova por meio da força, é arbitrariamente ignorado. Logo, têm-se que vencer uma ideia abusiva, que, para completar, não é normatizada, em detrimento de algo tão claro redigido na letra da lei?

Diante do exposto, pode-se agora propor uma aplicação direta do caso aos três estágios da ponderação de Alexy: primeiro – a não satisfação do direito à inviolabilidade da intimidade e da vida privada a partir da decisão de coagir o Impetrante a realizar exame de DNA; segundo – o princípio anterior concorre com o princípio da dignidade da criança e do adolescente, especificada no direito de conhecimento da filiação do menor; terceiro – pela discussão feita, infere-se que a satisfação do direito do menor em reconhecer sua filiação paterna não justifica o detrimento do princípio da inviolabilidade da intimidade e da vida privada.

Conclusão

O presente trabalho procurou justificar a decisão do Supremo Tribunal Federal de deferir o habeas corpus, de forma a impedir que o Impetrante fosse conduzido sob vara à realização de exame de DNA para comprovação de paternidade.

A partir da ideia de textura aberta de Hart, realizou-se uma aná-

lise semântica dos termos “legalidade”, “moralmente legítimo”, “vida privada” e “intimidade”, de forma a buscar um conceito satisfatório para cada um deles. Tal análise levou facilmente à conclusão de uma violação dos textos legislativos pelas decisões de primeira e segunda instância em impor a realização do exame.

Concluiu-se, também, em observância com a teoria da ponderação de princípios de Alexy, que o direito a reconhecimento de paternidade, neste caso concreto, não justifica a violação do direito à inviolabilidade da intimidade e da vida privada. Isto porque o fato da criança não ter uma verdade certa acerca da sua filiação não constitui uma violação de seus direitos, ao passo que ser coagido à realização de exame de DNA o faz.

Diante do exposto, infere-se, por fim, que a margem de discricionariedade deixada aos magistrados pelo texto legislativo pode ser exercida de diferentes formas. A escolha por Hart e Alexy, como dito, se trata apenas de uma escolha, por acreditar-se que tais autores levariam à melhor decisão. A análise pode ser feita por diferentes óticas, com diferentes autores e até mesmo chegar a diferentes resultados, o que coloca em questão até que ponto pode-se falar em certezas jurídicas diante da discricionariedade posta aos juízes.

A opção por alterar o corpo da lei e positivar o entendimento de não impor a ninguém realização de exame de DNA nos casos de comprovação de paternidade provoca diminuição na discricionariedade, visto que prescreve uma conduta a ser tomada pelo magistrado, o qual perde boa parte do seu poder de escolha diante do caso. Tal fato propicia o desenvolvimento de um ambiente de certezas jurídicas assim como de fomentação da segurança jurídica, mas é necessário salientar que certezas jurídicas e segurança jurídica nunca terão um alcance pleno nas decisões.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Ponderação, revisão constitucional e representação. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 14, n. 71, p. 15-27, jan./ fev. 2012.

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

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei Federal nº 8069, de 13 de julho de 1990. Índice elaborado por Edson Seda. Curitiba: Governo do Estado do Paraná, 1994.

BRASIL. LEIS, Decretos. Código de processo civil e Constituição Federal. 41ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 71.373-4. Relator Min. Marco Aurélio.

FARIAS, Edilson Pereira de. Colisão de direitos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996.

HART, H. L. A. O Conceito de Direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1994, 3ª edição.

LINS, Andrea Carla Veras. Conteúdo jurídico do meio de prova moralmente legítimo previsto no Artigo 322 do Código de Processo Civil: o uso do sêmen coletado na reprodução assistida. Araçaju: Evocati Revista n. 44. ago 2009. Disponível em: http://www.evocati.com.br/evocati/interna.wsp?tmp_page=interna&tmp_codigo=347&tmp_secao=15&tmp_topico=direitoproccivil&wi.redirect=Nm5CI9Gj96PVYURDMLAQ. Acesso em: 02/07/2015

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. São Paulo: Editora Atlas AS, 2007, 21ª edição.

NOGUEIRA, Cláudia de Almeida. Algumas reflexões sobre a obrigatoriedade do exame de DNA nas ações que investigam o parentesco. Revista da EMERJ. Rio de Janeiro, v.5, n.17, p.192-218, 2002. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/

revista17/revista17_192.pdf Acesso em: 02/07/2015

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais 1, p.607-630, 2003. Disponível em: http://www.teoriaedireito-publico.com.br/pdf/2003-RLAEC01-Principios_e_regras.pdf Acesso em: 02/07/2015

SOUZA, Wagner Mota Alves de. A polêmica entre Hart e Dworkin a respeito da textura aberta do direito. Aracaju: Evocati Revista n.29. maio 2008. Disponível em: http://www.evocati.com.br/evocati/interna.wsp?tmp_page=interna&tmp_codigo=231&tmp_secao=9&tmp_topico=teoriadireito&wi.redirect=64P0R859HSNXAF5G09ES Acesso em: 02/07/2015

Análise jurídico-teórica acerca da multiparentalidade no Ordenamento Jurídico Brasileiro¹

Orientador: Prof. Samuel Barbosa de Carvalho²

Antonia Mayra Jordana e Silva

Matheus de Moura e Souza³

Resumo

O conceito tradicional de família, que concebe apenas aspectos biológicos na figura do pai, da mãe e dos filhos não abarca mais a complexidade do meio social atual. Novas configurações familiares estão sendo estabelecidas, prezando pelo reconhecimento dos aspectos afetivos das relações como principal fator de consolidação das novas famílias, contemplando duas mães, dois pais, além das madrastas, dos padrastos, dos enteados, dentre outras figuras. Trata-se de uma realidade com a qual o universo jurídico ainda está relutante em considerar. É nesse ponto que uma discussão acerca da abordagem da multiparentalidade no âmbito jurídico se faz precisa, e esta é contemplada como tema deste artigo, partindo da análise de um caso concreto. O objetivo é promover um estudo abrangendo as perspectivas teóricas de Roberto Lyra Filho e Antonio Carlos Wolkmer, aproximando-as da abordagem intencionada por toda a discussão.

PALAVRAS-CHAVE: Multiparentalidade; Família; Socioafetividade; Ordenamento jurídico; Pluralismo jurídico.

¹Artigo apresentado à Universidade Federal do Piauí, curso de Bacharelado em Direito, para efeito de avaliação na disciplina de Teoria Geral do Direito, ministrada pela professora doutora Maria Sueli Rodrigues de Sousa.

²Professor Substituto do Departamento de Ciência Jurídicas da Universidade Federal do Piauí.

³Graduanda e graduando do curso de Bacharelado em Direito da Universidade Federal do Piauí.

Abstract

The traditional concept of family, which recognizes only biological aspects, represented in the figures of the father, mother and children no longer embraces the complexity of current social environment. New family structures are being established, demanding the recognition of affective aspects of relations as the main factor of consolidating the new families, which now contemplates two mothers, two fathers, in addition to stepmothers, stepfathers, stepchildren, among other figures. This is a reality with which the legal world is still reluctant to consider. At this point a discussion of how the multiparenting perspective approaches the legal framework is needed, and this is contemplated as the theme of this article, based on the analysis of a particular case. The goal is to promote a study covering the theoretical perspectives of Roberto Lyra Filho and Antonio Carlos Wolkmer, bringing it closer to the approach developed throughout the discussion.

KEY-WORDS: Multiparenting; Family; Socioaffective; Legal system; Legal Pluralism.

Introdução

Diversos fatores sociais demandam um alargamento do conceito de uma instituição social basilar, a família. A emergência de todos esses fatores demanda um novo entendimento acerca da sociedade e suas nuances. O que antes concebia apenas aspectos biológicos na figura do pai, da mãe e dos filhos, não abarca mais a complexidade do meio social atual. Novas configurações familiares estão sendo estabelecidas, prezando pelo reconhecimento dos aspectos afetivos das relações como principal fator de consolidação das novas famílias, contemplando duas mães, dois pais, além das madrastas, dos padrastos, dos enteados, dentre outras figuras.

Trata-se de uma realidade com a qual o universo jurídico ainda está gradualmente se adaptando. É nesse ponto que uma discussão acerca da abordagem da multiparentalidade no âmbito jurídico se faz precisa, e esta é contemplada como tema deste artigo, partindo da análise de um caso concreto.

O caso concreto em questão trouxe uma decisão inédita em que o Tribunal de Justiça de São Paulo autorizou a inclusão do nome da

madrasta na certidão de nascimento de um rapaz. Deste modo, agora constará no seu documento o nome de duas mães e um pai, um fator inédito, já que o nome da mãe biológica foi mantido, mesmo com a adição de outro nome materno.

A mãe de Augusto Bazanelli Guardia faleceu três dias após o parto, em decorrência de um acidente vascular cerebral. Meses após o ocorrido, o pai de Augusto conhece Vivian Medina Guardia. Os dois se casaram quando Augusto tinha dois anos, e este foi criado por Vivian como filho, relação mantida durante toda a sua vida. O caminho mais fácil seria que a madrastra entrasse com um processo de adoção do enteado, contudo, por respeito à memória da mãe biológica e à família da mesma, Vivian preferiu entrar com um pedido por uma configuração de multiparentalidade, na qual a maternidade socioafetiva é considerada concomitante à maternidade biológica. Configuração esta que Maria Berenice Dias bem caracteriza como:

São famílias caracterizadas pela estrutura complexa decorrente da multiplicidade de vínculos, ambiguidade das funções dos novos casais e forte grau de independência.[...] A multiplicidade de vínculos, a ambiguidade dos compromissos e a interdependência, ao caracterizarem a família-mosaico, conduzem para a melhor compreensão desta modelagem.

A necessidade de entrada com tal pedido decore do fato do ordenamento jurídico tradicional brasileiro considerar duas modalidades de paternidade ou maternidade: a registral e a biológica. A primeira dá-se pelo reconhecimento judicial da filiação, mesmo quando não há consanguinidade. O exemplo mais comum é a adoção. Já na paternidade ou maternidade biológica, a filiação é verificada pela consanguinidade e é reconhecida mesmo nos casos em que a convivência familiar entre pai ou mãe e filho ou filha não tenha acontecido. E ainda em concordância com o direito tradicional, a paternidade ou maternidade, seja ela a registral ou a biológica, é conferida a um só pai ou a uma só mãe. A possibilidade de pluralidade dessas figuras, a princípio, não era concebida.

Foi em consonância com esse direito tradicional que a decisão em 1ª instância da 2ª Vara Cível da Comarca de Itu foi proferida pelo

Temas de Direito II

juiz Cássio Henrique Dolce de Faria. O pedido foi julgado parcialmente procedente, foi acatado o pedido de retificação do registro para que Augusto passasse a ter o sobrenome da madrasta, a partir de então Augusto Bazanelli Medina Guardia, mas negou o reconhecimento de filiação, sendo os demais dados da certidão mantidos.

E isso porque se uma pessoa pudesse, simultaneamente, ter mais de um pai ou mais de uma mãe reconhecidos como tais em seu assento de nascimento, ela receberia tratamento estatal diferenciado em relação a todos os demais cidadãos. Por conta disso, teria, por exemplo, direitos sucessórios por mais de um tronco hereditário, o que importaria, em última análise, injustificado tratamento desigual em seu favor. Justamente por isso, o pedido de reconhecimento da filiação sócio afetiva da requerente em relação ao menor, para todos os efeitos legais, sem que seja extinguido o vínculo do mesmo também em relação a família consanguínea (...) esbarra no princípio da segurança jurídica, vetor de orientação de todo o sistema legal vigente.⁴

Mas foi em agosto de 2012 que a 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo inovou ao julgar procedente a apelação cível em 2ª instância. Foi, finalmente, concedido o reconhecimento desejado pelos requerentes. Deu-se declarada a maternidade socioafetiva de Vivian Medina Guardia em relação a Augusto Bazanelli Guardia, devendo constar na sua certidão de nascimento, sem prejuízo e concomitantemente com a maternidade biológica. A decisão realça que a filiação socioafetiva encontra amparo inclusive no princípio da dignidade humana:

O art. 1.593 do Código Civil é expresso no sentido de que “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”. De “outra origem”, sem dúvida alguma, pode ser a filiação socioafetiva, que decorre da

⁴BRASIL. 2ª Vara Cível da Comarca de Itu. Ementa nº Processo n.º 746/11, Maternidade Socioafetiva. Apelantes: Vivian Medina Guardia e outro. Apelada: Juízo da Comarca. Relator: Juiz Cássio Henrique Dolce de Faria. Itu, SP, 28 de janeiro de 2011. São Paulo, 2011.

Temas de Direito II

posse do estado de filho, fruto de longa e estável convivência, aliado ao afeto e considerações mútuos, e sua manifestação pública, de forma a não deixar dúvida, a quem não conhece, de que se trata de parentes. (...) A formação da família moderna não-consanguínea tem sua base na afetividade, haja vista o reconhecimento da união estável como entidade familiar (art. 226, § 3º, CF), e a proibição de designações discriminatórias relativas à filiação (art. 227, § 6º, CF). As relações familiares deitam raízes na Constituição da República, que tem como um dos princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana (art.1º, III), ou seja, como preleciona Jorge Miranda¹, “na concepção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado”, além da formação de uma sociedade solidária (art. 3º). Por isso o Superior Tribunal de Justiça já reconheceu a possibilidade de adoção por duas mulheres, diante da existência de “fortes vínculos afetivos” (REsp 889852/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 27/04/2010, DJe 10/08/2010), e, assim, da mesma forma, no caso específico, não se pode negar a pretensão, de reconhecimento da maternidade socioafetiva, preservando-se a maternidade biológica. O mesmo Tribunal Superior tem entendido que: “a filiação socioafetiva encontra amparo na cláusula geral de tutela da personalidade humana, que salvaguarda a filiação como elemento fundamental na formação da identidade e definição da personalidade da criança”(REsp 450.566/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/05/2011, DJe 11/05/2011), e que “não se pode olvidar que a construção de uma relação socioafetiva, na qual se encontre caracterizada, de maneira indelével, a posse do estado de filho, dá a esse o direito subjetivo de pleitear, em juízo, o reconhecimento desse vínculo, mesmo por meio de ação de investigação de paternidade, a priori, restrita ao reconhecimento forçado de vínculo biológico” (REsp 1189663/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/09/2011, DJe 15/09/2011) .

Não se evidencia qualquer tipo de reprovação social, ao contrário, pelo caminho da legalidade (diversamente da via comumente chamada de “adoção à brasileira”), vem-se consolidar situação de fato há muito tempo consolidada, pela afeição, satisfazendo anseio legítimo dos requerentes e de suas famílias, sem risco à ordem jurídica. Pelo exposto, DÁ-SE PROVIMENTO ao recurso para declarar-se a maternidade socioafetiva de Vivian Medina Guardia em relação a Augusto Bazanelli Guardia, que deve constar do assento de nascimento, sem prejuízo e concomitantemente com a maternidade biológica.⁵

A tendência é bastante recente na realidade jurídica, e sobre isso Adriana Pereira estabelece que:

A Constituição Federal estabelece um rol de entidades familiares, a saber, o casamento, a união estável e a família monoparental. Aos poucos, o ordenamento jurídico brasileiro acompanhando a evolução social, vem aceitando outras formas de família, como por exemplo, a família recomposta, reconstituída ou pluriparental, anaparental e homoafetiva, assim, privilegia-se a afetividade como um fundamento basilar das relações familiares.

Por certo, a questão norteadora deste trabalho será: “Como é possível que o Direito atenda efetivamente as demandas da sociedade complexa atual?”. Enuncia-se, inicialmente, a seguinte tese: “Por meio da leitura emancipatória do próprio Direito, observando a pluralidade da realidade”.

Com a questão norteadora e a tese devidamente apresentadas, o caso concreto escolhido será o ponto central da metodologia a ser desenvolvida na discussão pretendida neste artigo. Não menos importante, o suporte teórico que dará fundamento ao trabalho será alcançado mediante um levantamento bibliográfico de autores pertinentes ao tema abordado, dando especial enfoque no grupo de teóricos que

⁵SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. Apelação nº 0006422-26.2011.8.26.0286, Primeira Câmara de Direito Privado, Relator Alcides Leopoldo e Silva Júnior, Julgado em 14/08/2012.

tratam da Teoria Geral do Direito. As principais fontes serão livros e artigos científicos. As obras centrais a serem abordadas são: “Para um Direito sem dogmas” de Roberto Lyra Filho e “Pluralismo Jurídico” de Antonio Carlos Wolkmer.

A presente análise segue uma linha de organização apresentando, primeiramente, uma explanação daquela que representa um conceito bacilar neste estudo, a instituição da família. Feita essa necessária explicação é, então, dada a abertura para uma discussão acerca da multiparentalidade e da defesa de uma leitura realista do Direito, partindo das ideias dos autores supracitados na composição de um posicionamento que defenda de forma efetiva a tese construída.

A instituição da família

A família constitui uma instituição histórica identificada nas sociedades, sendo ela a primeira base de formação da maioria dos indivíduos e objeto de estudos das diversas ramificações das ciências sociais e humanas. Conforme lições de Fachin, “a família antecede, sucede e transcende o jurídico. Está antes do Direito e nas entrelinhas do sistema jurídico” (FACHIN, 1999, apud FERRARINI, 2010, p. 60).

É comum que qualquer tentativa de conceituar uma das mais antigas instituições sociais, a família, acabe por remeter à outra instituição, a do casamento. Berenice Dias diz que “a lei nunca se preocupou em definir família. Limitava-se a identificá-la com o casamento. Esta omissão excluía do âmbito jurídico todo e qualquer vínculo de origem afetiva que leva à comunhão de vidas e embaralhamento de patrimônio”.

Foi com promulgação da Constituição de 1988 que se deu o primeiro passo em direção a uma expansão do tradicional conceito de família adotado pelo âmbito jurídico, tornando viável o reconhecimento das relações monoparentais, pluriparentais e homoafetivas. E ainda essa esfera privada, que constitui um espaço íntimo de relações estritamente pessoais, passa por transformações no seu interior e no seu Direito.

Mosaico da diversidade, ninho de comunhão no espaço plural da tolerância. Tripé de fundação, como se explica. Diversidade suja existência do *outro* torna possível fundar a família na realização

pessoal do indivíduo que respeitando o “outro” edifica seu próprio respeito e sua individualidade no coletivo familiar. Comunhão que valoriza o afeto, afeição que recoloca novo sangue para correr nas veias de um renovado parentesco, informado pela substância de sua própria razão de ser e não apenas pelos vínculos formais ou consanguíneos. Tolerância que compreende o convívio de identidades, espectro plural, sem supremacia desmedida, sem diferenças discriminatórias, sem aniquilamentos. Tolerância que supõe possibilidade e limites. Um tripé que, feito desenho, pode-se mostrar apto a abrir portas e escancarar novas questões. (FACHIN, 1999, p.306)

A multiparentalidade

Como bem apresenta Maria Berenice Dias, em uma sociedade inserida na realidade atual, é imperativa uma visão plural das estruturas que a compõe. Surge daí a necessidade emergente de considerar os laços de afeto que constroem uma família, a socioafetividade e a convivência entre os membros. Os documentos que antes reconheciam em primeiro lugar os aspectos biológicos dos sujeitos de direito, agora são chamados a atender essa nova realidade, priorizando os sentimentos envolvidos. Sobre o assunto Paulo Luiz Netto Lôbo discorre:

Muito se avançou, no Brasil, a respeito do que a doutrina jurídica especializada denomina “paternidade e filiação socioafetiva”, assim entendida a que se constitui na convivência familiar, independentemente da origem do filho. A denominação agrupa duas realidades observáveis: uma, a integração definitiva da pessoa no grupo social familiar; outra, a relação afetiva tecida no tempo, entre quem assume o papel de pai e quem assume o papel de filho. Cada realidade, por si só, permaneceria no mundo dos fatos, sem qualquer relevância jurídica, mas o fenômeno conjunto provocou a transeficácia para o mundo do Direito, que o atraiu como categoria própria. Essa migração foi possível porque o Direito brasileiro mudou substancialmente, máxime a partir da

Temas de Direito II

Constituição de 1988, uma das mais avançadas do mundo em matéria de relações familiares, cujas linhas fundamentais projetaram-se no Código Civil de 2002. (LÔBO, 2006, P.57)

Faz-se necessária uma conceituação do que deve ser considerado por paternidade ou maternidade e, para tal, é fundamental, em primeiro lugar, o entendimento de que esta está além do simples provimento de alimentos ou da partilha de bens patrimoniais. A complicada equação formadora desse conceito envolve a constituição de valores, das singularidades de cada pessoa e da própria dignidade humana, tudo resultado, principalmente, da convivência familiar durante a infância e a adolescência. A paternidade ou maternidade é aquela edificada na relação afetiva e que reclama para si o papel de promoção dos direitos fundamentais da pessoa em formação “à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar” (art. 227 da Constituição). Portanto, deve ser reconhecido como pai ou mãe aquele que acolheu esses deveres, independentemente de ser ou não o genitor.

Ao mesmo tempo em que se admite o protagonismo do caráter socioafetivo das relações dá-se abertura para o reconhecimento da multiparentalidade. O panorama plural das estruturas familiares é evidente nas sociedades e este requer uma especial atenção do Direito da família. Em vista disso, é importante discernir que, livre da exclusividade do relacionamento ou da identidade sexual do par, as uniões afetivas merecem ser reconhecidas como entidade familiar, gerando direitos e obrigações aos seus integrantes.

A multiparentalidade pode ser definida como a coexistência jurídica do vínculo biológico e do afetivo. Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald a define:

[...] com esteio no princípio constitucional da igualdade entre os filhos, algumas vozes passaram a defender a possibilidade de *multiparentalidade* ou *pluriparentalidade*, propagando a possibilidade de concomitância, de simultaneidade, na determinação da filiação de uma mesma pessoa. Isto é, advogam a possibilidade de uma pessoa ter mais de um pai e/ou mais de uma mãe simultaneamente, produzindo efeitos

jurídicos em relação a todos eles a um só tempo.

O importante papel que o Poder Judiciário desempenha no reconhecimento dessas novas organizações familiares é devidamente identificado mediante a imprescindibilidade do atendimento ao artigo 203, inciso I. Este indica que será prestada assistência social e proteção à família. Família esta, considerada pelo Estado brasileiro, como base da sociedade.

Uma leitura realista do Direito

No caso estudado, é perceptível a incapacidade do juiz de primeira instância de transpor o fosso existente entre a abstração da lei formal e a concretude própria da sociedade, de maneira que o Direito abarcasse a pluralidade de uma realidade complexa na qual se desenvolve o pluralismo parental. Por outro lado, na última instância, o reconhecimento da multiparentalidade ilustra um âmbito jurídico já ciente do que acontece no mundo fático, de modo que o afeto é valorizado como base dessa conjuntura social familiar. Destarte, ressalta-se, por esta decisão, a legitimação da pluralidade do instituto familiar no processo de socialização do ser humano.

Para isso, o magistrado se permitiu distanciar um pouco do caráter dogmático embasado pelo tecnicismo formal ao reconhecer a filiação socioafetiva e biológica simultaneamente, mesmo com as supostas barreiras do ordenamento que afetariam a segurança jurídica. Enalteceu-se, desta forma, a função social do Direito, que garantiria o melhor ambiente familiar com todos direitos que cabe a ela, respeitando seus interesses. Esta compreensão se verifica tanto na obra de Roberto Lyra Filho, em uma perspectiva teórica, quanto na produção de Antonio Carlos Wolkmer, em um viés prático.

Lyra Filho é autor de uma produção pré-constituente marxista, ou seja, que reconhece a luta de classes. Vive em meio à Ditadura Militar brasileira, logo, em um prisma de não revolução, em que as decisões estatais não são questionadas. Contudo, para ele, é possível dizer que há um projeto para o Direito.

Em sua obra “Para um Direito sem dogmas”, toda argumentação de Lyra Filho concretiza o repúdio à sacralização das normas e suas interpretações usuais, isto é, o Direito estaticamente codificado em normas e distante da dialética social, o qual, segundo Lyra Filho,

funciona como instrumento de dominação estatal, assim como ocorreu com a nobreza cristã no Feudalismo e a burguesia no século XIX. Trata-se do Direito dogmatizado, que conduz ao erro.

Etimologicamente, o dogma significa uma máxima, um preceito intocável, um ponto indiscutível, uma tese, uma norma, uma lei.

O dogma, afinal, atravessa a história das ideias como uma verdade absoluta, que se pretende erguer acima de qualquer debate; e, assim, captar a adesão, a pretexto de que não cabe contestá-la ou a ela propor qualquer alternativa. Neste viés, terá, sempre, uma tendência a cristalizar ideologias, mascarando interesses e conveniências dos grupos que se instalam nos aparelhos de controle social, para ditarem as normas em seu benefício próprio. (LYRA FILHO, 1980, p.12).

Evidentemente, a ciência jurídica dogmática é incapaz de assimilar as demandas sociais, uma vez que, segundo Bourjoi (1978 apud. LYRA FILHO, 1980, p.18), “todos os movimentos sociais (...) fundaram-se num *direito*, que exprimiria a sua posição e reivindicações”. Conforme Santos (1977 apud. LYRA FILHO, 1980, p.19), “o novo direito exige que se observe a realidade jurídica, enquanto emanada de uma práxis e a pluralidade de ordenamentos, em perspectiva libertadora, engajada e com sentido político bem definido”. O autor propõe, deste modo, uma ciência jurídica da libertação (baseada num recorte da luta de classes para dentro da religião católica), semelhante ao “direito como emancipação”.

A crítica lyriana pressupõe o referencial dialético para revitalizar o Direito, isto é, a observação dos conflitos das relações humanas.

Ao desenvolver sua teoria dialética do Direito, Roberto Lyra Filho buscou engajá-la em um projeto de mudança social e tentou caracterizar a gradual implantação dos valores socialistas como o caminho atualmente aberto para a realização do sentido da História, que ele descreveu como um processo que segue no sentido inexorável (embora

Temas de Direito II

turbulento) rumo à emancipação do homem. ⁶.

Como diz o autor, “O sistema jurídico (...) é criação viva, brotando no solo social e sob o impacto do subsolo em que repousa toda a estrutura” (LYRA FILHO, 1980, p.35). Portanto, a solução para libertar o Direito do grilhão dos interesses das classes dominantes está na alteração do foco da interpretação de cada situação, que consiste na “desdogmatização” do Direito: a compreensão da norma a partir do fato, a ciência do Direito comprometida com realidade.

Ainda assim, antes de retomar a análise do caso escolhido, é importante frisar que a produção lyriana e a decisão a favor da família multiparental se encontram em contextos totalmente diferentes e cada elaboração desta pauta-se em distintos objetivos: Lyra Filho, em sua tese pré-constituente a qual assume a diferença de classes, busca sanar a perpetuação pelo Direito de dogmas estatais impostos pela classe dominante como decisões cogentes. Já a decisão judicial apreciada nesta peça visa a formalização da formação da família moderna não-consanguínea com base na afetividade e em princípios; além disso, ressalta-se que se trata de um caso julgado após a Constituição Federal de 1998, em que muitas demandas outrora questionadas foram reconhecidas, ou seja constitucionalizadas.

Todavia, ambas as produções supracitadas se aproximam ao demonstrarem o malefício de se manter uma ideia fixa: a desconexão com a realidade, a qual deve estar ampla e constantemente conectada com o Direito, para que este possa não só dirimir conflitos, mas também fazer valer direitos ainda não reconhecidos. De início, a sentença da primeira instância reconheceu a situação, mas argumentou não haver espaço na lei para a inscrição de duas mães:

No texto desta decisão é evidente a perpetuação de um direito normativo-legalista em desfavor das partes. Este se põe atrás de uma cortina de pretensa defesa da estabilidade da segurança jurídica do ordenamento em voga em detrimento de uma tentativa de abarcar e legitimar efetivamente uma situação já internalizada pelos cidadãos requerentes. O magistrado encara o ordenamento como completo e

⁶ARAÚJO COSTA, Alexandre. Humanismo Dialético: a filosofia jurídica de Roberto Lyra Filho In: Capítulo 5- Análise crítica: os pressupostos da teoria lyriana. In: AR-COS – Boletim informativo. p. 1. Disponível em: <<http://www.arcos.adv.br/artigos/humanismo-dialeatico-a-filosofia-juridica-de-roberto-lyra-filho/5-humanismo-dialeatico-como-teoria-critica/>>. Acesso em 04 jul. 2015.

incontestável, como se o Direito fosse dogmático. Em contrapartida, a segunda instância inova na Justiça Brasileira ao unir o abstrato ao concreto, lendo a norma a partir do fato real, e, por conseguinte, revertendo a decisão inicial.

Já Antônio Carlos Wolkmer – que denuncia exatamente a incapacidade do ordenamento jurídico uno diante da pluralidade da sociedade - também enxerga essa emergência do direito em trabalhar com o seu ordenamento jurídico aliado aos casos concretos, de modo que as generalizações com que as normas trabalham não neguem a individualidade presente em cada caso. Isso se deve, por exemplo, pelo crescimento do contingente populacional, pelo contínuo desenvolvimento tecnológico e pela intensificação do fenômeno da globalização, que revela uma tendência de multiculturalismo cultural fruto de uma pluralidade de identidades culturais.

O autor catarinense é um dos principais expoentes do Pluralismo Jurídico. O pluralismo jurídico é a teoria dos movimentos sociais, a qual se aproxima da discussão da antropologia jurídica. Trata-se do saneamento dos problemas concretos voltando-se para o humanismo jurídico. Ela denuncia a incapacidade do ordenamento jurídico uno diante da pluralidade da sociedade. Assim, Wolkmer afirma que há uma pluralidade de ordenamentos jurídicos. Seu ideal nasce no âmbito da crise de identidade social, e a partir de então, surge uma demanda por reconhecimento de diversos atores sociais. O pluralismo jurídico se faz presente na realidade do ordenamento jurídico brasileiro pelos mecanismos de ação coletiva.

Wolkmer identifica a manifestação dos novos movimentos sociais, que surgem em contrapartida às opressões históricas. Estes movimentos fazem emergir novos agentes, fundamentais figuras para delinear singulares contornos na cultura jurídica, contribuindo para uma aplicação mais complexa do direito. Os novos movimentos sociais seguem as mudanças na sociedade.

A teoria de Antônio Carlos Wolkmer se volta, sobretudo, para a crise do modelo de Direito estatal hegemônico diante o capitalismo periférico no cenário latino-americano, que leva a materialização de práticas pluralistas (como o Direito Comunitário) que protejam os novos atores sociais. Ainda assim, é possível estabelecer um paralelo com o caso concreto analisado, já que a abertura a tais práticas pluralis-

tas, arquitetadas no âmago do próprio ordenamento jurídico, evidência, além da quebra sucessiva com o paradigma burguês-capitalista, a insuficiência do modelo do Direito de regramento social.

Em suma, é notório que a decisão judicial analisada vai de encontro às propostas do autor, como a utilização do ordenamento já vigente na realidade brasileira no sentido emancipatório, ou seja: ao mesmo tempo em que se garante a legalidade estabelecida, por meio de uma interpretação libertária, as demandas dos cidadãos (principalmente dos movimentos sociais) são privilegiadas. Trata-se de um dos procedimentos alternativos institucionalizados, listados e explanados por Wolkmer: o uso alternativo do Direito. Vale ressaltar que segundo Wolkmer

O intento dessa variante teórico-prático, inspirada na Magistratura Democrática italiana dos anos sessenta, vem sendo desenvolver procedimentos políticos-jurídicos capazes de propor, diante da dominação e hegemonia de Direito burguês-capitalista, a utilização do ordenamento jurídico técnico-formal e de suas instituições na direção de uma prática judicial alternativa, voltada para a emancipação dos setores, classes e movimentos sociais menos favorecidos. (WOLKMER, 1994, p. 304).

A decisão judicial de primeira instância que nega a maternidade socioafetiva declara um Direito incapaz de reconhecer o valor jurídico do afeto, já que a jurisprudência escolhia apenas suma figura materna, pautando-se pelo princípio da legalidade. No entanto, a decisão transitada em julgado da segunda instância usufrui de uma “técnica interpretativa libertária”, dando amparo à filiação socioafetiva no próprio Código Civil, pela interpretação do próprio artigo 1.593; além do registro das duas mães pautando-se em princípios já constitucionalizados: da dignidade humana e da solidariedade, o que não só acarretou em uma mudança de nome do filho (apelante), mas também na configuração de todos outros direitos decorrentes, como os de herança. Trata-se da consolidação de algo que já estava consolidado, ou seja, o Direito não se sobrepôs a um sentimento que já legitimava essa família.

Conclusão

Ampliar e aperfeiçoar o conceito de família significa observar o homem como razão do Direito, de modo que ele esteja sujeito a um ordenamento jurídico que lhe garanta direitos fundamentais também na estrutura familiar. A jurisprudência que tem sido verificada em algumas decisões, como no caso concreto aqui analisado, faz crer na real possibilidade de um Direito nesta perspectiva, que se constitui principalmente por sua própria leitura emancipatória, como averiguado com os teóricos.

Por fim, a decisão aqui analisada confirma a atual tendência da família moderna: ser ‘multi’ em todas as suas formas. Laços recíprocos baseados no respeito, solidariedade, cooperação e afetividade são privilegiados pelos tribunais na seara da família em detrimento de laços puramente biológicos. Deste modo, o Direito inclina-se cada vez mais a admitir que mãe ou pai não seja somente aqueles que dão a vida, mas também aqueles que cuidam. E, portanto, o Direito encaminha-se a reconhecer a multiparentalidade, logo, as demandas da sociedade complexa atual.

REFERÊNCIAS

ABREU, Milena Martins de. **Multiparentalidade: uma nova perspectiva nas relações parentais**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 07 maio 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.47902&seo=1>>. Acesso em: 14 de junho de 2015.

ARAUJO COSTA, Alexandre. **Humanismo Dialético: a filosofia jurídica de Roberto Lyra Filho** In: Capítulo 5- Análise crítica: os pressupostos da teoria lyriana. In: ARCOS – Boletim informativo. p. 1. Disponível em: <<http://www.arcos.adv.br/artigos/humanismo-dialetico-a-filosofia-juridica-de-roberto-lyra-filho/5-humanismo-dialetico-como-teoria-critica/>>. Acesso em 04 jul. 2015.

BRASIL. 2ª Vara Cível da Comarca de Itu. Ementa nº Processo nº 746/11, Maternidade Socioafetiva. Apelantes: Vivian Medina Guardia e outro. Apelada: Juízo da Comarca. Relator: Juiz Cássio Henrique Dolce de Faria. Itu, SP, 28 de janeiro de 2011. São Paulo, 2011.

CARVALHO, Adriana Pereira Dantas. **Casamento homoafetivo**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 107, dez 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12599&revista_caderno=14>. Acesso em 06 julho de 2015.

COLEN, Dalvan Charbaje. **Paternidade socioafetiva e o direito de herança**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 27 fev. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.42201&seo=1>>. Acesso em: 06 de julho de 2015.

DIAS, Maria Berenice. SOUZA, Ivone M. C. Coelho de. **Famílias Modernas: (inter)secções do afeto e da lei**. Disponível em <http://www.iuspedia.com.br> 18 jan. 2008. Acesso em 04 de julho de 2015.

_____ (c). **Família pluriparental, uma nova realidade**. In: Maria Berenice Dias. Disponível em: <http://www>

mariaberenice.com.br/uploads/15_-_fam%EDlia_pluriparental,_
uma_nova_realidade.pdf. Acesso em 04 de julho de 2015.

FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família: curso de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovas, 1999. 346 p.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 671.

FERRARINI, Letícia. **Família Simultânea e seus efeitos jurídicos: pedaços da realidade em busca da dignidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
LYRA FILHO, Roberto. **Para um Direito sem dogmas**. Porto Alegre: Fabris, 1980.

LOBO, Luiz Netto. **Paternidade socioafetiva e a verdade real**. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/723/903>>. Acesso em 04 de julho de 2015.

ROSA, Layna do Nascimento. **A valorização jurídica do afeto e a possibilidade de multiparentalidade no ordenamento jurídico brasileiro**. Jus Navigandi: fev. 2015. Disponível em <http://jus.com.br/artigos/36179/a-valorizacao-juridica-do-afeto-e-a-possibilidade-de-multiparentalidade-no-ordenamento-juridico-brasileiro>. Acesso em 29 de junho de 2015.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. Apelação nº 0006422-26.2011.8.26.0286, Primeira Câmara de Direito Privado, Relator Alcides Leopoldo e Silva Júnior, Julgado em 14/08/2012.

WOLKMER, A. C. **Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito**. São Paulo: Alfa Omega, 1994.

Igualdade para os animais: do utilitarismo singeriano à Constituição Federal de 1988

Iago Masciel Vanderlei

Resumo

O encarceramento de animais, seu uso em experimentos e maus tratos sofridos em entretenimentos humanos – circos – tornam-se eticamente inaceitáveis sob o ponto de vista utilitarista de Peter Singer que, em seu livro *Ética Prática*, condena o especismo através do princípio da igual consideração de interesses. O direito a existência digna, defendido por Martha Nussbaum, também fundamenta essa luta contra a discriminação por espécie, que no Brasil, encontra fundamento jurídico no art. 225 da CF 1988, o qual torna obrigação do Poder Público a “proteção da fauna e da flora, proibidas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provocando a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade”.¹

PALAVRAS-CHAVE: Utilitarismo; Especismo; Igualdade; Singer; Ética.

Abstract

The incarceration of animals, their use in experiments and abuse suffered human entertainment - circus - become ethically unacceptable under the utilitarian point of view of Peter Singer, in his book *Practical Ethics*, condemns speciesism through the principle of equal consideration of interest. The right to decent life, championed by Martha Nussbaum, also supports this fight against discrimination on the species, which in Brazil is legal basis in art. 225 of the Constitution in 1988, which makes obligation of the Government to “fauna and flora protection, prohibited under the law, practices that endanger their ecological function, causing the extinction of species or subject animals to cruelty”.

KEYWORDS : Utilitarianism; Speciesism; Equality; Singer; Ethics.

Introdução

A rejeição à ideia de que os seres humanos são iguais aos outros animais não humanos salienta-se na tentativa de nos diferenciarmos deles utilizando critérios como a racionalidade e a capacidade de falar, considerados arbitrários por defensores dessa isonomia².

Jeremy Bentham, seguindo sua teoria utilitarista, que em sua essência defende que “a qualificação dos efeitos teria com base a utilidade, sendo bom aquilo que traz prazer e mau, o que causa dor”³, tentou superar o especismo defendendo que somente a capacidade de sofrer deveria ser considerada a linha insuperável para a concessão da igualdade⁴.

O utilitarismo singeriano, é adaptado do utilitarismo clássico de Bentham⁵ e se baseia no princípio da igual consideração de interesses, que será analisado melhor em um momento posterior, segundo o qual todos os interesses devem ser ponderados⁶. Em uma argumentação bem construída Peter Singer mostra a incoerência de defender a igualdade entre seres humanos, criticar práticas racistas e sexistas e não levar em conta o interesse dos animais não-humanos de não sofrerem⁷.

“Tendo aceito o princípio de igualdade como uma sólida base moral para as relações com outros seres de nossa própria espécie, também somos obrigados a aceitá-la como uma sólida base moral para as relações com aqueles que não pertencem à nossa espécie: os animais não-humanos”⁸.

Aceitando os preceitos acima expostos torna-se indefensável a utilização de animais não-humanos em nossa alimentação pois, a carne animal, tornou-se um luxo em sociedades industrializadas já que seus cidadãos podem adquirir uma nutrição apropriada sem servir-se dela⁹. Ainda mais estranho, seria consentir com o uso de animais em experiências que os façam sentir dor. O argumento de que os testes tem sua realização justificada porque seu fim é a amenização do sofrimento humano é perceptivelmente incoerente diante da existência de experimentos como o “teste de Draize” e o LD₅₀ não trazem benefícios vitais aos seres humanos¹⁰.

“Nesses casos, e em muitos outros parecidos, os benefícios para os seres humanos são inexisten-

tes ou muito incertos; ao mesmo tempo, porém, as perdas para membros se outras espécies são concretas e inequívocas. Consequentemente, as experiências indicam uma falha na atribuição de igual consideração de interesses de todos os seres, a despeito da espécie que pertencam”.¹¹

Princípio da igual consideração de interesses sob a ótica do utilitarismo consequencialista de Peter Singer

Como previamente supracitado, a teoria utilitarista clássica, que parte da dicotomia do prazer e da dor, defendendo que as atitudes humanas devem ser tomadas visando à maximização da felicidade e a minimização do sofrimento foi adaptada para a teoria utilitarista consequencialista, segundo a qual, é necessário ponderar todas as consequências que a ação a ser realizada irá causar agindo de forma a obter as melhores consequências para todos os envolvidos.¹² Esse utilitarismo, fundamentado pelo princípio da igual consideração de interesses, é utilizado por Singer na defesa de suas polemicas ideias como o aborto, a eutanásia e a igualdade entre seres humanos e animais não humanos.¹³

Para entender do princípio mencionado anteriormente, devemos buscar uma noção filosófica para igualdade e fazer dois questionamentos. Quando se refere à igualdade entre animais não-humanos e homens, deve-se ter em consideração que ela trata-se de uma relação comparativa e como tal, parâmetros devem ser definidos. De forma que, Peter Singer, ao declarar que interesses de seres humanos e animais não-humanos são iguais não está afirmando que humanos e animais não-humanos sejam iguais mas, que possuem uma característica comum – a capacidade de sofrer – que os tornam semelhantes. Em concordância com essa definição de igualdade, Jorge Gallo afirma que:

“Es necesario observar, en primer término, que la igualdad y lo igual conceptos que podríamos llamar *relacionales*, dado que sólo sirven para significar un tipo de nexo o relación existente entre dos o más objetos del conocimiento. Es obvio que una cosa no puede recibir el calificativo de *igual* por *sí sola*, sino comparativamente con respecto a otra cosa, de tal modo que la igualdad consiste, precisamente, en el modo de relación de dos o más

objetos que tienen entre sí ciertas características comunes o similares que permiten calificar tal relación como una “igualdad”. Hay que agregar que salvo que se hable en sentido figurado o en forma impropia – esta relación no se establece con respecto a la totalidad del ser de cada uno de los objetos que son materia de la comparación – lo que, en rigor, no constituiría una igualdad, sino una identidad -, sino em lo que concierne a determinados aspectos relativos a la naturaleza, a la forma, a la calidad, a la cantidad o a la situación espacio-temporal de cada ser”.¹⁴

O primeiro questionamento que deve ser feito, é, como podemos defender a igualdade entre os seres humanos visto que há inúmeras diferenças entre eles? Peter Singer, em seu livro *Ética Prática*, responde esse questionamento argumentando que somente quando passamos a considerar que os interesses de todos os homens tem o mesmo valor e que o de um não pode sobrepor ao do outro é que conseguimos neutralizar as diferenças.

Utilizando essa premissa inicial, que a igual consideração de interesses é que permite a instituição da igualdade entre todos os homens independente de raça, cor ou sexo, qual seria a justificativa para não estender a igualdade para os animais não humanos? Qual o fundamento para a maior relevância dos interesses dos seres humanos?

O questionamento seguinte é: os animais não humanos possuem interesses? A resposta para essa pergunta foi dada por Bentham, ao considerar, como marco divisor para a concessão da igualdade, a capacidade de sofrer. Logo, se um animal pode sofrer, possui irrefutavelmente o interesse de não sofrer.

“A capacidade sofrer e de desfrutar as coisas é uma condição prévia para se ter quaisquer interesses, condição que é preciso satisfazer antes de se poder falar de interesses, e falar de um modo significativo. Seria absurdo dizer que não fazia parte dos interesses de uma pedra o fato de ter sido chutada por um garoto a caminho da escola. Uma pedra não tem interesses, pois não é capaz de sofrer. Nada que venhamos a fazer-lhe poderá significar uma diferença para o seu bem-estar.

Temas de Direito II

Por outro lado, um rato tem, inegavelmente, um interesse em não ser atormentado, pois os ratos sofrerão se virem a ser tratados assim.”¹⁵

Portanto, ao demonstrar sobre a ótica utilitarista que os animais possuem o interesse de não sofrer e em decorrência disso não podemos negar a eles o direito de ter seus interesses cogitados e respeitados, uma vez que, correríamos o risco de tornar incoerente a igualdade entre seres humanos, Peter Singer atesta a incongruência que o especismo representa.

“Se um ser sofre, não pode haver nenhuma justificativa de ordem moral para nos recusarmos a levar esse sofrimento em consideração. Seja qual for a natureza do ser, o princípio de igualdade exige que o sofrimento seja levado em conta em termos de igualdade com o sofrimento semelhante – até onde possamos fazer comparações aproximadas – de qualquer outro ser”.¹⁶

O utilitarismo tem como fim alcançar o bem-estar máximo, e para isso é importante ressaltar que os interesses devem ser levados em igual consideração, entretanto, alguns são maiores que outros e por isso devem ter primazia em relação aos demais. A igual consideração de interesses defende que os interesses de todos devem ser considerados igualmente mas que cada um tem sua relevância, a qual não é definida pela espécie, sexo ou raça mas sim pelo sofrimento que determinada ação provocará no indivíduo, sendo possível também a afirmação de que a relevância de um interesse está relacionada ao bem, à felicidade que ele promove ou promoverá.¹⁷

A capacidade de sofrer: superação das críticas

A premissa, de Jeremy Bentham, que a capacidade de sofrer é linha insuperável para a concessão da igualdade, foi utilizada até agora sem questionamentos, mas, é relevante relatar que seus críticos argumentam que os seres humanos tem maior consciência do que está acontecendo,¹⁸ do que os animais não humanos, o que aumenta seu sofrimento. Esse argumento é válido, porém, segundo Singer, não ex-

clui o princípio da igual consideração de interesses.

“Em algumas situações, um membro de uma espécie sofrerá mais do que um membro de outra”¹⁹ tornando impossível, como afirmado anteriormente, utilizar o princípio da igual consideração de interesses sem “dar prioridade ao alívio do sofrimento maior”.²⁰ Entretanto, se consideramos que os seres humanos adultos normais tem condições mentais que os levem a sentir maior sofrimento que os animais não humanos é um argumento válido, para o uso de animais em experimentos, teríamos inevitavelmente que considerar “animais, recém-nascidos e seres humanos com graves deficiências mentais pertencentes à mesma categoria”.²¹

Direito a existência digna

“Temos muitos tipos de relacionamentos com membros de outras espécies, relacionamentos que envolvem tanto receptividade, simpatia, prazer em fazer as coisas bem e interação baseada no interesse pelo outro, quanto manipulação, indiferença e crueldade. Parece plausível pensar que esses relacionamentos devem ser regulados pela justiça, em vez de pela luta pela sobrevivência e pelo poder que prevalece na maioria das vezes atualmente.”²²

Como demonstrado anteriormente, o princípio da igual consideração de interesse requer que as consequências das ações humanas para os animais não humanos sejam ponderadas. Diante disso, ao afirmar que “animais não humanos são capazes de levar uma existência digna”, em seu livro *Fronteiras da Justiça*, Martha C. Nussbaum nos incita a deduzir que é do interesse deles possuírem uma vida digna e, portanto, isso se torna um direito deles.

“Uma existência digna pareceria incluir pelo menos o seguinte: oportunidades adequadas para nutrição e atividade física; direito a não sofrer dor, abandono e crueldade; liberdade de agir de acordo com os modos característicos a cada uma das espécies; viver sem medo e oportunidades para interações recompensadoras com outras criaturas da mesma espécie, e de espécies diferentes; e oportunidade de aproveitar da luz e do ar com tranquilidade”.²³

Em uma análise superficial sobre excerto percebe-se a grave violação do direito a uma existência digna dos animais não humanos e do princípio da igual consideração de interesses. O modo como os animais são criados nas fazendas industriais, como são tratados em circos e como são utilizados em experimentos humanos só pode ser justificado pelo especismo.

O especismo

“O termo especismo, criado por Richard D. Ryder, nos anos setenta, para indicar uma forma de desconsideração moral, aquela praticada pelos interesses humanos contra os interesses dos animais, sob o pretexto de que os interesses dos animais, ainda que sejam da mesma ordem dos interesses humanos, não tem o mesmo peso moral desses, por serem interesses não-humanos.”²⁴

O especismo, é uma prática discriminatória em que seres humanos consideram-se superiores a animais não-humanos por sua capacidade racional ou consideram algumas espécies de animais não-humanos mais importantes que as outras.²⁵ Segundo Sônia T. Felipe, o especismo pode ser distinguido em dois tipos: elitista e o eletivo.

“No especismo *elitismo*, que declara a superioridade dos seres dotados de razão, a capacidade de um animal de sentir dor e de sofrer nunca é considerada tão relevante quanto a capacidade de sentir dor e de sofrer de um humano, pelo simples fato de que aquela dor não é sentida por um sujeito da espécie humana.”²⁶

Como alerta T. Felipe, há grande dificuldade em superar os conceitos especistas elitistas, de forma que, aqueles que conseguem superar essa limitação mental e moral acabam aderindo ao especismo eletivo e passam a defender os animais não-humanos escolhendo os, que julgam, mais adequados à expressão de suas necessidades. Ou seja, elegem-se certos animais, de acordo com preferências individuais, defende-se certa espécie. Não fugindo, desse modo, nem do antropocentrismo, nem do especismo.²⁷

”Essa prática não se limita àqueles que compram animais para lhes fazer companhia. É prática recorrente nos grupos de defesa dos animais. Enquanto defendem araras, tucanos, mico-leão-dourado, capivaras, baleias, golfinhos, cães, cavalos, por exemplo, muitos são indiferentes a rodeios, circos, zoológicos, galpões de confinamento, e laboratórios de experimentação, isto é, indiferentes ao sofrimento e à dor de porcos, vacas, galinhas, avestruz, bezerros, coelhos, camundongos, ratos, etc.”²⁸

O especismo eletivo encontra-se interligado às necessidades e ambições econômicas. Em geral, as leis criadas em defesa dos direitos de animais não-humanos atuam de acordo com o especismo eletivo.²⁹ De modo que a legislação protege os interesses econômicos subjacentes ao sistemático uso dos animais, tornando-se preocupante a grande influência que as forças econômicas – como a indústria alimentícia, a cosmética, a farmacêutica e a médica – possuem sobre as criações de leis em defesa dos animais não humanos.

Uma análise ética da alimentação

A indústria alimentícia representa 9% do PIB brasileiro, e, somente o setor de derivados de carnes lucrou 86,86 bilhões de reais, representando com um crescimento de 9,8% em relação ao ano anterior – dados de 2012.³⁰ Esse setor, altamente lucrativo, submete os animais a “vidas miseráveis para que a sua carne se torne acessível aos seres humanos ao mais baixo custo possível.”³¹

Conforme declarado anteriormente, Singer considera esse consumo de carne, por seres humanos, um luxo e não uma necessidade já que “os cidadãos das sociedades industrializadas podem facilmente conseguir uma alimentação adequada sem que seja preciso recorrer à carne animal”³². Deste modo, a demanda por carne animal é alimentada por pessoas que apreciam seu sabor.³³

De modo a defender sua declaração, ele afirma que estudos médicos indicam que “a carne animal não é necessária para a boa saúde ou longevidade”³⁴, que “a produção animal nas sociedades industrializadas não constitui uma forma eficaz de produção de alimento, visto

que a maior parte dos animais consumidos foi engordada com grãos e outros alimentos que poderíamos ter comido diretamente”³⁵ e prega uma reflexão sobre “a ética do uso de carne animal para a alimentação humana nas sociedades industrializadas”³⁶.

Essa reflexão deve ser efetuada a partir da constatação de que “um interesse humano relativamente menor deve ser confrontado com as vidas e o bem-estar dos animais envolvidos”³⁷. E, uma vez que se assume o princípio da igual consideração de interesses como premissa não há como defender o uso alimentício dos animais tal como o atual já que ele “não permite que os interesses maiores sejam sacrificados em função dos interesses menores.”³⁸

“O arrazoado contra o uso dos animais para a nossa alimentação fica mais contundente nos casos em que os animais são submetidos a vidas miseráveis para que sua carne se torne acessível aos seres humanos ao mais baixo custo possível. As formas modernas de criação intensiva aplicam a ciência e a tecnologia de acordo com o ponto de vista segundo o qual os animais são objetos a serem usados por nós. Para que a carne chegue à mesa das pessoas a um preço acessível, a nossa sociedade tolera métodos de produção de carne que confinam animais sensíveis em condições impróprias e espaços exíguos durante toda a duração de suas vidas. Os animais são tratados como máquinas que transformam forragem em carne, e toda inovação que resulte numa maior ‘taxa de conversão’ será muito provavelmente adotada.”³⁹

Visando modificar a situação do excerto acima, Singer defende que os consumidores de carne acompanhem as condições em que seu alimento foi produzindo e que não comam esses alimentos, a não ser que tenham conhecimento de que a carne que está consumindo não foi produzida por métodos industriais.⁴⁰ Entre as ocorrências para o barateamento dos custos de produção da carne animal podem ser destacadas:

“A castração, a separação de mães e filhotes, a separação de rebanhos, as marcas de ferro em brasa, o transporte e, finalmente, os momentos de abate – coisas que provavelmente, envolvem sacrifício e

não levam em consideração os interesses dos animais.”⁴¹

Avanços científicos x Experiências com animais

Outra prática especistas é a experiência com animais, os cientistas colocam os interesses humanos, como o de descobrir a cura de doenças, o funcionamento do corpo humano e os efeitos de substâncias, a frente dos interesses dos animais. Alguns testes, como os supracitados Draize e LD₅₀, foram proibidos, devido seu grau de crueldade para com os animais, entretanto, sob a justificativa do avanço científico, os animais ainda são submetidos a experiências pungentes⁴².

Embora Singer ao discorrer sobre as experiências científicas com animais não-humanos despreze os avanços científicos obtidos através delas, considerando-os inexistentes ou irrelevantes diante das incontáveis perdas de membros das outras espécies, nos suscita a questionar o porque não considera-se a possibilidade faz experiências em seres humanos órfãos com lesões graves e irreversíveis.⁴³ Procurando fortalecer sua tese de que os experimentos com animais não-humanos ele conclui que:

“Portanto, os cientistas revelam preconceitos em favor de sua própria espécie sempre que fazem experiências com animais para finalidades que, segundo pensam, não seriam igualmente justificadas se fossem feitas com seres humanos dotados de um igual (ou menor) nível de sensibilidade, consciência, etc.”⁴⁴

Proteção Jurídica dos animais: o direito dos animais aos olhos da Constituição Federal de 1988

Os direitos dos animais ganharam notoriedade mundial em 27 de janeiro de 1978 com a promulgação, pela UNESCO, da Declaração Universal dos Direitos dos Animais. Esse documento estabelece diversos dispositivos de proteção aos animais, entre eles, estabelece no artigo 8º a condenação de qualquer experiência com animais que implique em um sofrimento físico e o desenvolvimento de técnicas substitutivas para elas.⁴⁵

Entretanto, a Declaração fraqueja no mesmo erro que Ihering aponta ao Direito Internacional, a falta de um poder capaz de dar coerção às suas regulamentações. De forma que se faz imprescindível a regulamentação constitucional desses direitos. No Brasil, esse documento teve grande influência na promulgação da Constituição Federal de 1988, como no parágrafo primeiro do art. 225 dessa Carta Magna, o qual assegura como dever do Poder Público e da coletividade⁴⁶ a:

“proteção da fauna e da flora, proibidas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.”

O art. 225 protege não somente os animais não-humanos mas, toda a biodiversidade. Contribuindo com o questionamento sobre qual o interesse do legislador em elevar o meio ambiente ao status de matéria constitucional, pois, poderia estar somente respaldando juridicamente os interesses econômicos internos e externos⁴⁷.

Os maus tratos praticados contra a fauna são tipificados a partir da CF de 1988 como crime ambiental. Entretanto, o parágrafo 1º do artigo 32 da Lei nº 9605/98 “também restringiu a proibição à realização de experiências dolorosa ou cruel em animais apenas aos casos em que existam métodos alternativos”⁴⁸.

Conclusão

A restrição promovida pela Lei nº 9605/98 corrobora com as preocupações em torno da proteção constitucional dos direitos animais que parecem obedecer aos interesses econômicos dos setores relacionados.

Os pensamentos de Peter Singer em *Ética Prática* mostram-se a frente de sua época, discutir especismo em uma sociedade que não superou o sexismo e o racismo é uma árdua tarefa. E, embora cometa equívocos como ignorar os avanços científicos trazidos por experiências com animais não-humanos traz pontos de reflexão que levam à diversos questionamentos relevantes, como os apontados no presente artigo.

Os avanços na discursão sobre o tema e na constitucionaliza-

ção dos direitos dos animais ainda são tímidos e parecem tropeçar no fato de que os direitos humanos ainda carecem de concretização.

NOTAS

1. LOPES, A. M. D. *O direito fundamental à biodiversidade e o patenteamento de espécies vivas*. In: Revista de informação legislativa, v. 43, n. 172, p. 57-72, out./dez. 2006. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/92830>>. Acesso em jan. 2014.
2. SINGER, Peter. *Ética Prática*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 65.
3. Brych, Fábio. *Ética utilitarista de Jeremy Bentham*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, VIII, n. 23, nov. 2005. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_i-d=155>. Acesso em jan. 2014.
4. SINGER, Peter. Op. Cit., p. 67.
5. BEZERRA, Felipe Adriano Saraiva Lustosa. *Igualdade para os animais: especismo e sofrimento animal sob a perspectiva utilitarista singeriana*. In: Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3197, 2 abr. 2013. Disponível em: <<http://jus-com-br/artigos/21412>> Acesso em: 23 dez. 2013
6. SINGER, Peter. Op. Cit., p. 65.
7. SINGER, Peter. Op. Cit., p. 65.
8. SINGER, Peter. Op. Cit., p. 65.
9. SINGER, Peter. Op. Cit., p. 72.
10. SINGER, Peter. Op. Cit., p. 75-76.
11. SINGER, Peter. Op. Cit., p. 77.
12. AMORIM, Thamires Arrais. *Direitos dos animais e ética utilitária de Peter Singer: o caso dos sacrifícios religiosos*. In: *Conteúdo Jurídico*, Brasília-DF: 20 maio 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.3-7097&seo=1>>. Acesso em: 03 jan. 2014.
13. SINGER, Peter. *O Filósofo Pop*: entrevista [maio de 2004]. São Paulo: Superinteressante. Entrevista concedida a Eduardo Szklars. Disponível em: <<http://super.abril.com.br/cultura/peter-singer-filosofo-pop-444481.shtml>>. Acesso em: 04 de jan. de 2014.
14. GALLO, J. I. H. *La igualdad desde el punto de vista filosófico, social y jurídico*. In: Revista de In-

Temas de Direito II

formação Legislativa, v.9, nº 36, p. 113-120, out./dez. de 1972. Disponível em: < <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/180582>> Acesso em: 13 de jan. de 2014.

15. SINGER, Peter. Op. Cit., p. 67.
16. SINGER, Peter. Op. Cit., p. 67.
17. SINGER, Peter. Op. Cit., p. 68.
18. SINGER, Peter. Op. Cit., p. 69.
19. SINGER, Peter. Op. Cit., p. 69.
20. SINGER, Peter. Op. Cit., p. 70.
21. SINGER, Peter. Op. Cit., p. 69.
22. NUSSBAUM, Martha C. *Fronteiras da Justiça*. 1ed. São Paulo: Editora WTF Martins Fontes, 2013, p. 400.
23. NUSSBAUM, Martha C. Op. Cit., p.401.
24. FELIPE, Sônia T. *Dos Direitos orais aos Direitos Constitucionais: Para além do especismo elitista e eletivo*. In: Revista Brasileira de Direito Animal, v. 2, n. 1, p. 169-186, jun. de 2007. Salvador: Instituto de Abolicionismo Animal. Disponível em: < http://www.animallaw.info/journals/jo_pdf/brazilvol2.pdf>. Acesso em: 20 de jan. de 2014.
25. FELIPE, Sônia T. Op. Cit., p. 171.
26. FELIPE, Sônia T. Op. Cit., p. 172.
27. FELIPE, Sônia T. Op. Cit., p. 171.
28. FELIPE, Sônia T. Op. Cit., p. 179.
29. FELIPE, Sônia T. Op. Cit., p. 174.
30. LICHT, Andréa. Setor de alimentos cresce menos. Valor Econômico, São Paulo, 21 de jan. de 2012. Disponível em: < [ht-tp://www.abia.org.br/anexos2012/ValorEconomico-21jan-Setordealimentoscrescemenos-.pdf](http://www.abia.org.br/anexos2012/ValorEconomico-21jan-Setordealimentoscrescemenos-.pdf)>. Acesso em: 15 de fev. de 2014.
31. SINGER, Peter. Op. Cit., p. 73.

Temas de Direito II

32. SINGER, Peter. Op. Cit., p. 72.
33. SINGER, Peter. Op. Cit., p. 73.
34. SINGER, Peter. Op. Cit., p. 72.
35. SINGER, Peter. Op. Cit., p. 72-73.
36. SINGER, Peter. Op. Cit., p. 73.
37. SINGER, Peter. Op. Cit., p. 73.
38. SINGER, Peter. Op. Cit., p. 73.
39. SINGER, Peter. Op. Cit., p. 73.
40. SINGER, Peter. Op. Cit., p. 74.
41. SINGER, Peter. Op. Cit., p. 74.
42. SINGER, Peter. Op. Cit., p. 75.
43. SINGER, Peter. Op. Cit., p. 77.
44. SINGER, Peter. Op. Cit., p. 78.
45. ALCÂNTARA, Patrícia; MACHADO, Josielke; MARÇAL, Sílvia; PINHEIRO, Marília. *Análise Bioética da Legislação Brasileira Aplicável em Uso de Animais Não-Humanos em Experimentos Científicos*. In: Revista Saúde do Distrito Federal, v. 3, nº 4, p. 1-22, jul. – dez. de 2004. Disponível em: <<http://cceb.uncisal.edu.br/wp-content/uploads/2009/11/analise-bioetica-da-legislacao-brasileira-no-uso-de-animais3.pdf>>. Acesso em: 14 de fev. de 2014.
46. ALCÂNTARA, Patrícia; MACHADO, Josielke; MARÇAL, Sílvia; PINHEIRO, Marília. Op. Cit., p. 15.
47. ALCÂNTARA, Patrícia; MACHADO, Josielke; MARÇAL, Sílvia; PINHEIRO, Marília. Op. Cit., p. 16.
48. ALCÂNTARA, Patrícia; MACHADO, Josielke; MARÇAL, Sílvia; PINHEIRO, Marília. Op. Cit., p. 17.

REFERÊNCIAS

ALCÂNTARA, Patrícia; MACHADO, Josielke; MARÇAL, Sílvia; PINHEIRO, Marília. *Análise Bioética da Legislação Brasileira Aplicável em Uso de Animais Não-Humanos em Experimentos Científicos*. In: Revista Saúde do Distrito Federal, v. 3, n° 4, p. 1-22, jul. – dez. de 2004. Disponível em: <<http://cceb.uncisal.edu.br/wp-content/uploads/2009/11/analise-bioetica-da-legislacao-brasileira-no-uso-de-animais3.pdf>>. Acesso em: 14 de fev. de 2014

AMORIM, Thamires Arrais. *Direitos dos animais e ética utilitária de Peter Singer: o caso dos sacrifícios religiosos*. Conteúdo Jurídico, Brasília - DF: 20 maio 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.37097&seo=1>>. Acesso em: 03 jan. 2014.

BEZERRA, Felipe Adriano Saraiva Lustosa. *Igualdade para os animais: especismo e sofrimento animal sob a perspectiva utilitarista singeriana*. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3197, 2 abr. 2013. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/21412> Acesso em: 23 dez. 2013

BRYCH, Fábio. Ética utilitarista de Jeremy Bentham. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, VII, n. 23, nov. 2005. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigo_leitura&artigo_id=155>. Acesso em jan. 2014.

FELIPE, Sônia T. *Dos Direitos orais aos Direitos Constitucionais: Para além do especismo elitista e eletivo*. In: Revista Brasileira de Direito Animal, v. 2, n. 1, p. 169-186, jun. de 2007. Salvador: Instituto de Abolicionismo Animal. Disponível em: <http://www.animallaw.info/j-ourals/jo_pdf/brazilvol2.pdf>. Acesso em: 20 de jan. de 2014.

Temas de Direito II

GALLO, J. I. H. *La igualdad desde el punto de vista filosófico, social y jurídico*. Revista de Informação Legislativa, v.9, n° 36, p. 113-120, out./dez. de 1972. Disponível em: < <http://www2.senado.gov.br/bdsf/ite-m/id/180582>> Acesso em: 13 de jan. de 2014.

LICHT, Andréa. Setor de alimentos cresce menos. Valor Econômico, São Paulo, 21 de jan. de 2012. Disponível em: < <http://www.abia.org.br/anexos2012/ValorEconomico-21jan-Setordea-limentoscrescemenos.pdf>>. Acesso em: 15 de fev. de 2014.

LOPES, A. M. D. *O direito fundamental à biodiversidade e o patenteamento de espécies vivas*. In: Revista de informação legislativa, v. 43, n. 172, p. 57-72, out./dez. 2006. Disponível em: < <http://www2.senado.gov.br/-bdsf/item/id/92830>>. Acesso em 07 de jan. 2014.

NUSSBAUM, Martha C. *Fronteiras da Justiça*. 1ed. São Paulo: Editora WTF Martins Fontes, 2013.

SINGER, Peter. *Ética Prática*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SINGER, Peter. *O Filósofo Pop*: entrevista [maio de 2004]. São Paulo: Superinteressante. Entrevista concedida a Eduardo Szklars. Disponível em: < <http://super.abril.com.br/cultura/p-eter-singer-filosofo-pop-444481.shtml>>. Acesso em: 04 de jan. de 2014.

Voto econômico na América Latina e suas implicações da legitimidade das eleições

(Economic vote in Latin America and its implications in the legitimate election)

Tarcísio Augusto Sousa de Barros¹

Rodrigo Xavier Pontes de Oliveira²

Resumo

O constituinte originário estabeleceu que na República Federativa do Brasil todo o poder emana do povo, seja ele exercido diretamente ou através de representantes regularmente eleitos. Sabendo-se que, em regra, o poder será exercido pelos representantes, torna-se fundamental o estudo das razões que fazem o eleitor escolher determinado candidato. Nesse sentido, surgem, na Ciência Política, três Teorias que se voltam à observação sobre o comportamento eleitoral, sendo uma delas a Teoria da Escolha Racional. Dentre as motivações racionais que fazem o eleitor definir o seu voto, uma delas é a sua avaliação sobre economia. Desse modo, a partir da interdisciplinaridade entre a Ciência Política, o Direito Constitucional e o Direito Eleitoral, através de uma pesquisa de cunho bibliográfica em literatura especializada nacional e estrangeira, os autores buscam analisar as implicações do voto econômico na legitimidade e normalidade das eleições.

Palavras-chave: Escolha racional. Voto econômico. Legitimidade. Normalidade. Eleições.

¹Bacharel em Direito pelo Centro de Ensino Unificado de Teresina. Especialista em Direito Eleitoral, pela Universidade Federal do Estado do Piauí. Mestrando em Direito Político, Universidade Federal de Minas Gerais. Membro Consultor da Comissão Especial de Direito Eleitoral do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Advogado militante.

²Bacharel em Direito pelo Centro de Ensino Unificado de Teresina. Pós-Graduando em Direito Eleitoral, pela ESA-PI em convênio com a UNINOVAFAPI. Membro da Comissão Especial de Direito Imobiliário e Urbanístico do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Advogado militante.

Abstract

The original constituent established that in the Federal Republic of Brazil all power emanates from the people, whether regularly exercised directly or through elected representatives. Knowing that power shall be exercised mostly by the representatives, it is essential to study the reasons why voters choose some particular candidates. In this sense, there are, in political science, three theories that focus on the observation of voting behavior, one of them being the Rational Choice Theory. Among the rational motivations that make the voter set his vote, one of them is his assessment of the economy. Thus, from the interdisciplinary view between Political Science, Constitutional Law and the Election Law, through a bibliographical research based on domestic and foreign specialized literature, the authors seek to analyze the implications of the economic vote on the legitimacy and normality of the elections.

Keywords: Rational choice. Economic vote. Legitimacy. Normality. Elections.

Introdução

A Constituição da República (CR) estabelece que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente”³. Trata-se do princípio da soberania popular, que confere ao povo a titularidade do poder. Pelo próprio texto constitucional, o poder poderá ser exercido diretamente⁴, mas a regra é que tal exercício se dê por meio dos representantes, escolhidos através do “voto direto e secreto, com valor igual para todos”⁵.

Sendo, então, o eleitor a fonte de onde emana o poder, estudar os fatores que influenciam o voto tem sido um dos campos mais relevantes da Ciência Política contemporânea⁶. O estudo do chamado “comportamento eleitoral” parece ser feito para atender os alertas de

³BRASIL. Planalto. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18 jun. 2015.

⁴A Constituição de 1988 inovou na adoção de instrumentos de democracia direta, como o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular (art. 14, *caput*).” MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 722.

⁵Art. 14, *caput*, CR.

⁶BORBA, Julian. **Cultura política, ideologia e comportamento eleitoral: alguns apontamentos teóricos sobre o caso brasileiro**. Opinião Pública, Campinas, Vol. XI, n° 1, Março, 2005, p. 147-168. p. 148.

Bonavides sobre opinião pública: “urge portanto não subestimar as reações individuais, nem a força de uma opinião pública constituída à margem do sentimento político governante, contra todos os poderes oficiais e extra-oficiais de pressão e propaganda”⁷.

Nesse contexto, surgem as três Teorias (escolas) do Comportamento Eleitoral, na tentativa de verificar quais padrões e fatores influenciam ou não na escolha eleitoral de determinado indivíduo ou grupo social.

Em síntese, a Teoria Sociológica estuda a influência que a macroestrutura (contextos sociais e econômicos) em que o indivíduo está inserido exerce nas suas tomadas de decisões políticas; nela, ganha importância a análise do coletivo; as escolhas eleitorais de um indivíduo derivam do pensamento político e das escolhas eleitorais do meio em que tal indivíduo esteja inserido. A Teoria Psicossociológica, por sua vez, embora se assemelhe à Teoria Sociológica, é mais voltada para o eleitor de maneira individual; essa escola tem “como principal foco de análise, ao contrário da classe e da origem social, e presta especial atenção ao papel que os valores (morais, sociais, políticos, etc.), adquiridos durante os processos de socialização, podem exercer nas decisões políticas”⁸. Por fim, a Teoria da Escolha Racional, que tem uma visão peculiar dos eleitores, enxergando-os como seres eminentemente utilitaristas, que, através do seu poder de voto, buscarão auferir benefícios para si ou para seu grupo social.

A partir da rápida⁹ exposição sobre as Teorias, percebe-se que a influência dos fatores econômicos no comportamento eleitoral está mais próximo do objeto de estudo da escola da Escolha Racional. Dessa forma, este trabalho seguirá com maiores considerações sobre as escolhas políticas dos indivíduos à luz da Escolha Racional, depois será traçado o conceito de voto econômico e suas implicações na América Latina.

⁷BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. ed. rev. e atual. – São Paulo: Malheiros, 2003. p. 461.

⁸TELLES, Helcimara; MUNDIM, Pedro Santos. Comportamento eleitoral e comunicação política. In: TELLES, Helcimara. e LAVAREDA, Antônio. (orgs). **Voto e estratégias de comunicação política na América Latina**. Curitiba: Editora Appris, 2015. p. 7.

⁹Não é objetivo do presente artigo aprofundar nas Teorias Sociológica e Psicossociológica, as quais são citadas apenas para dar o quadro geral das três escolas.

A Teoria da Escolha Racional e o Voto Econômico

Das três teorias mais conhecidas sobre o comportamento eleitoral, algumas ponderações a mais devem ser feitas sobre a Escola da Escolha Racional. Também tratada apenas por Teoria da Racionalidade, foi desenvolvida entre os anos de 1960 e 1970, a partir da análise da obra “Uma Teoria Econômica da Democracia”, de Anthony Downs, do final na década de 1950, onde o pensamento do autor propunha uma ótica ao comportamento eleitoral diferente das outras duas teorias citadas na introdução.

Os teóricos da Escolha Racional compreendem “o eleitor como um agente que estrutura a sua opinião de forma individual com base em assuntos de matérias econômicas e não-econômicas”¹⁰, e tomará sua decisão a partir daquilo que entender ser mais interessante, seja pensando, numa perspectiva downsiana, “no próprio bem-estar (egoísta) ou no bem-estar alheio (altruísta)”¹¹.

Em razão da sua visão utilitarista do voto, os eleitores abrangidos por esta teoria não teriam fortes obrigações ideológicas e partidárias, mas sempre buscariam informações sobre a política para poder definir seu voto, o que faz com que a escolha eleitoral esteja quase sempre sujeita a mudança(s).

Vale reforçar que, embora seja muito importante à Escola da Racionalidade, o voto econômico não encerra toda a Teoria da Escolha Racional, que pode, inclusive, valer-se de variáveis não econômicas. Nesse sentido:

Enquanto a perspectiva economicista baseia-se em uma alternativa satisfacionista, haja visto que o eleitor almeja minimamente a satisfação de interesses, a teoria da escolha racional parte de uma premissa maximizante que prevê o cálculo estratégico, onde, o eleitor downsiano deve escolher aquela alternativa que lhe produza um maior resultado.¹²

¹⁰MARTINS, Flávia Bozza. **Avaliação do desempenho do presidente na economia e políticas públicas como determinantes do comportamento eleitoral na América Latina: o voto econômico entre 2004 - 2012**. Dissertação. Universidade Federal do Paraná. Programa de Pós-Graduação em Ciência Política. Curitiba, 2014. Brasil. p. 11.

¹¹TELLES, Helcimara; MUNDIM, Pedro Santos. Op. cit. p. 9.

¹²RADMANN, Elis Rejane Heinemann. **O eleitor brasileiro. Uma análise do comportamento eleitoral**. Dissertação. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Programa de Pós-Graduação em Ciência Política. Porto Alegre, 2001. Brasil. p. 25.

Entretanto, em que pese a sutil diferença citada, o que interessa para o presente artigo é que a perspectiva economicista, ou voto econômico, “é baseada nos mesmos axiomas que deram origem a teoria de Anthony Downs obre a escolha racional”¹³. Desse modo, na seção seguinte serão expostas mais características a respeito do voto econômico.

O Voto Econômico e comportamento dos governantes

O “voto econômico” seriam as reações racionais de determinado grupo eleitoral à sua avaliação quanto à economia. Nesse sentido, a Teoria da Escolha Racional sustenta a ideia de *homo economicus*, na qual “cada indivíduo isoladamente age e reage continuamente em resposta ao que percebe e experimenta em relação à economia”¹⁴.

Interessante esclarecer que a doutrina passou a classificar as formas com que o eleitor pode chegar à sua conclusão de voto. Lewis-Beck e Stegmaier reforçam, o que já foi citado quando da exposição sobre a Teoria da Escolha Racional, que a fundamentação para o voto pode se dar tanto a partir de uma perspectiva altruísta (ou sociotrópica, quando decidem seu voto a partir de sua análise sobre a economia geral / nacional) ou a partir de uma perspectiva egoísta (ou egotrópica, quando decidem o voto a partir de análise da sua própria situação econômica). Mas há também as perspectivas temporais da análise da situação econômica. O modelo tradicional de escolha do voto econômico é a partir de análises retrospectivas da economia; desse modo, o eleitor olharia racionalmente para o passado econômico, seja o seu próprio passado ou o da nação, e escolheria em quem votar. Entretanto, há também o voto econômico prospectivo, que é o proferido em razão de uma visão do eleitor em relação ao futuro econômico, seja o seu próprio ou o da nação; nessa caso, valoram-se as promessas de campanhas, posto que podem induzir o eleitor às avaliações prospectivas que interessem¹⁵.

É, portanto, a partir dessas perspectivas de avaliação da economia que o eleitor vai «premiar» o mandatário (ou seu partido) ou

¹³Idem.

¹⁴Idem.

¹⁵LEWIS-BECK, Michael S. e STEGMAIER, Mary. **The Economic vote in transitional democracies**. Journal of Elections, Public Opinion and Parties, V. 18:3, 2008. p. 303.

“castigá-lo”. “Se satisfeitos com o desempenho do mandatário na economia, tem-se a sua premiação com o voto na situação; do contrário, tem-se a sua punição com o voto na oposição”¹⁶.

Os estudiosos, contudo, foram além da análise do comportamento eleitoral relacionado ao voto econômico, buscando identificar as implicações desse tipo de escolha eleitoral nas ações dos governantes. Ora, suscitar a ligação existente entre racionalidade do voto e a economia não é lá das tarefas mais difíceis. Sabe-se que “as diferentes políticas públicas incidem nos resultados econômicos, estimulando ou inibindo a atividade produtiva, a taxa de inflação e o nível de emprego”¹⁷.

Borsani afirma que os fatores econômicos podem gerar nos governantes dois tipos de comportamento, sendo ‘um deles’¹⁸ um comportamento exclusivamente “oportunista’ e uma motivação essencialmente eleitoreira dos governos, os quais manipulam os instrumentos de política pública a fim de obter um bom desempenho econômico de curto prazo, antes das eleições, com o objetivo de manter-se no poder”¹⁹, mesmo que isso provoque, a médio e logo prazo, queda nos indicadores econômicos após as eleições. Até o advento da Teoria da Racionalidade persistia, segundo Borsani, às ideias de Keynes, que expunha a confiança no processo político em tomar decisões (inclusive sobre fatores econômicos) em prol da coletividade; a partir dos estudos de Downs, contudo, passou-se a sustentar que, em verdade, “os políticos e tecnocratas do governo também estão movidos pelo interesse próprio (neste caso, conservar o poder), o que resulta com frequência no fracasso das políticas econômicas de longo prazo”²⁰.

Desenvolvendo a sua teoria do comportamento oportunista dos governantes e seus partidos políticos, Borsani cita Downs, quando

¹⁶VEIGA, Luciana Fernandes; SILVA, Arthur Leandro da. Voto econômico na América Latina em fase de crescimento econômico e redução da pobreza. In: TELLES, Helcimara. e LAVAREDA, Antônio. (orgs.). **Voto e estratégias de comunicação política na América Latina**. Curitiba: Editora Appris, 2015. 61.

¹⁷BORSANI, Hugo. Eleições e Desempenho Macroeconômico na América Latina (1979-1998). **DADOS - Revista de Ciências Sociais**. Rio de Janeiro, Vol. 44, n° 3, 2001, pp. 481 a 512. p. 481.

¹⁸Borsani classifica o outro comportamento como “modelos partidários”, mas não o analisa em seu trabalho. Também não merece maiores considerações no presente artigo.

¹⁹BORSANI, Hugo. Op. cit. p. 482.

²⁰BORSANI, Hugo. Op. cit. p. 484.

este afirma que “os partidos políticos não ganham eleições para formular políticas, mas formulam políticas para ganhar eleições”. Desse modo, fatores econômicos tem dupla influência nas eleições em determinado país: tanto influenciam diretamente no comportamento do eleitor, que vota a partir de uma das quatro perspectivas acima mencionadas (sociotrópica ou egotrópica e retrospectiva ou prospectiva), quanto influenciam o comportamento do governante, que irá adotar políticas econômicas que visem induzir o voto econômico do eleitor.

Implicações do Voto Econômico na América Latina: encontros e desencontros

Eis, então, que o estudo sobre o voto econômico chega à América Latina. Lewis-Beck e Stegmaier apresentam duas hipóteses sobre o voto econômico nessa região de democracias de transição:

Teoricamente, é possível imaginar dois extremos. Por um lado, pode não haver voto econômico significativo nas democracias em transição. Talvez porque os países são pobres, com uma classe média frágil, e ferramentas ineficientes de governo, o sinal econômico do povo para os líderes não passa. Por outro lado, talvez porque as pessoas têm necessidades básicas materiais não satisfeitas, e as raízes dos partidos políticos geralmente não são profundas, preocupações econômicas surgem como central na avaliação do eleitor de governo.²¹

Nessa esteira, mesmo sabendo que “estudos [sobre voto econômico] que englobam mais de uma nação têm encontrado dificuldades em demonstrar efeitos consistentes”²², no decorrer do presente

²¹Tradução livre de: “Theoretically, it is possible to imagine two extremes. On the one hand, there may be no significant economic voting in the transitional democracies. Perhaps because the countries are poor, with a fragile middle class, and inefficient tools of governance, the economic signal from the people to the leaders does not get through. On the other hand, perhaps because the people have basic unmet material needs, and the roots of political parties are generally not deep, economic concerns emerge as central in the voter’s evaluation of government.” LEWIS-BECK, Michael S. e STEGMAIER, Mary. Op. cit. p. 303.

²²CAMARGOS, Marcelo Braga. Refinando a teoria do voto econômico: América Latina revisitada. In: TELLES, Helcimara. e MORENO, Alejandro. (orgs.). **Comportamento Eleitoral e Comunicação Política na América Latina**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2013. p. 54.

artigo serão demonstradas as conclusões gerais que se pode chegar a partir da evolução do estudo do voto econômico.

A primeira delas é que realmente há a influência do voto econômico na América Latina, embora ainda se discuta muito quais as variáveis de fato influenciam mais ou menos o eleitor de cada país²³. A existência de voto econômico na região vem sempre atrelada às constantes crises econômicas que a assolam. Segundo Veiga e Silva “poucos são os que retratam a região em momento de estabilidade e / ou crescimento da economia”. Nesse sentido, conclui Camargos, “onde há crises recorrentes, a relação entre economia e voto é mais forte do que em países onde as crises são eventuais”²⁴, pois, continua, “a constante vigência de crises faz com que o eleitorado preste mais atenção na economia”²⁵.

Mas resta a indagação: quais seriam as variáveis econômicas e fatores a influir no voto (e, conseqüentemente, nas ações dos governantes)? A melhor resposta parece ter sido dada por Singer: depende²⁶. As principais variáveis e fatores, sem dúvidas, são as seguintes:

1. Inflação

A inflação certamente é uma variável que pode influenciar na decisão do voto econômico do eleitor latino americano. Carmargos, aliás, afirma que “entre as variáveis macroeconômicas, a que dá ao mandatário melhor resposta eleitoral nas urnas é a diminuição da inflação”²⁷. Singer, entretanto, aponta que a influência desta variável já foi mais forte na década de 1980, quando a América Latina era assolada pela hiperinflação, que preocupava o eleitor e acabava por interferir na escolha eleitoral. Contudo, com o passar das décadas, mais especificamente após a década de 1990, os preços dos produtos se estabilizaram nos países e o que passou a preocupar os eleitores, crescendo como variável relevante para a escolha eleitoral, foi o crescimento

²³LEWIS-BECK, Michael S. e STEGMAIER, Mary. Op. cit. 320.

²⁴CAMARGOS, Marcelo Braga. Op. cit. p. 72.

²⁵CAMARGOS, Marcelo Braga. Op. cit. p. 77.

²⁶SINGER, Matthew. **Economic voting in an era of (non) crisis: The changing electoral agenda in Latin America 1982-2010**. Disponível em: <http://www.polisci.uconn.edu/people/faculty/doc/Singer-CP_Economic_Voting_in_Latin_America.pdf>. Acesso em 18 jun. 2015. p. 18.

²⁷CAMARGOS, Marcelo Braga. Op. cit. p. 77.

econômico de cada país.²⁸ Tanto é verdade que os números expostos por Singer demonstram que no Brasil (eleições de 2002 e 2006), no México (eleições de 2003 e 2006) e no Peru (eleições de 2006 e 2009) a inflação foi o último fator de importância para a definição do voto (com 15,24% e 3,06% dos eleitores entrevistados em cada uma das eleições, respectivamente, no Brasil; 2,42% e 3,31% no México; e 2,64% e 2,25% no Peru) nos três países²⁹.

2. Outros Fatores Econômicos

Ainda analisando os números expostos por Singer, conclui-se que, embora a influência da inflação no tempo em que foi realizada a pesquisa tenha sido baixa, há outros fatores econômicos que irão interferir no voto. No Brasil, nas eleições de 2002 e 2006; no México, nas eleições de 2003 e 2006; e no Peru, nas eleições de 2006 e 2009, esses outros fatores econômicos influenciaram na escolha eleitoral dos cidadãos entrevistados na porcentagem de 55,14% e 13,37% no Brasil; 46,44% e 35,53% no México; e 42,64% e 31,69% no Peru³⁰.

Mas quais seriam esses outros fatores, diferentes da inflação, tendentes a afetar as economias latino americanas? Borsani apresenta como fatores econômicos que podem influenciar na eleição o PIB e o desemprego.

Borsani conclui, em relação ao PIB, que este não sofreu aumento significativo na eleição nos países em que pesquisou, o que, a princípio, iria de encontro ao modelo oportunista de Nordhaus (cuja base conceitual é a Teoria da Racionalidade de Downs)³¹. Para explicar:

Uma tentativa de explicação é que a queda pós-eleitoral do crescimento do PIB pode ser o resultado de uma combinação de comportamentos eleitoralmente motivados. Por um lado, políticas que estimulam a atividade econômica em anos eleitorais, ou seja, a otimização econômica prevista nos modelos; por outro, o adiamento até depois das eleições, também por motivos eleitorais, de medidas corretivas à situação existente que implicam efeitos recessivos de curto prazo. Nesses

²⁸SINGER, Matthew. Op. cit. p. 18/19.

²⁹SINGER, Matthew. Op. cit. p. 22.

³⁰SINGER, Matthew. Op. cit. p. 22.

³¹BORSANI, Hugo. Op. cit. p. 493.

casos, não haverá necessariamente um aumento da atividade econômica no ano eleitoral, mas uma queda da mesma no ano seguinte.³²

Assim como em relação ao PIB, Borsani conclui:

As instâncias eleitorais, especialmente aquelas em que está em jogo a titularidade do Executivo, incidem, em maior ou menor grau, na evolução dos indicadores macroeconômicos. No ano posterior às eleições é registrado um menor crescimento do produto e um aumento na taxa de variação do desemprego. Em todos os casos, essas variações apresentaram significância estatística. Esses resultados implicam um respaldo às previsões dos modelos oportunistas quanto à evolução da economia nos períodos pós-eleitorais. Entretanto, não é evidente uma melhoria da atividade econômica antes das eleições.³³

Desse modo, vê-se que não há diminuição do desemprego no ano da eleição, mas há um aumento nos anos posteriores, o que faz crer que no ano da eleição os governantes utilizaram de medidas políticas para que o desemprego não aumentasse, não repercutisse negativamente no seu governo e, conseqüentemente, na análise do voto econômico do eleitor.

Voto Econômico e a Mídia

Algo que ainda deve ser considerado em relação ao voto econômico e as ações do governo dele decorrentes é que as variáveis estudadas em cada país, como inflação, índice de desemprego e o PIB são constatáveis por números até certo ponto “exatos”. Entretanto, esses números podem não chegar de maneira transparente ao eleitor, o que poderá ter influência direta no seu voto (econômico). Nesse sentido, Camargos reclama a “falta de informação sobre a real percepção do eleitor sobre economia”, pois não se sabe “se a avaliação / percepção do eleitor sobre a performance econômica do mandatário é a mesma expressa por indicadores macroeconômicos”³⁴.

³²BORSANI, Hugo. Op. cit. p. 493.

³³BORSANI, Hugo. Op. cit. p. 504.

³⁴CAMARGOS, Marcelo Braga. Op. cit. p. 78.

Não à toa que Lewis-Beck e Stegmaier alertam que a manipulação dos meios de comunicação, seja pelos governistas ou opositores, pode interferir na avaliação do eleitor sobre economia, interferindo, por óbvio, no seu julgamento de crédito ou culpa³⁵.

A legitimidade e a normalidade das eleições à luz da Teoria da Escolha Racional e do Voto Econômico

Nesse contexto, exsurge essencial aproximar a Ciência Política ao Direito, o estudo do voto econômico à legitimidade das eleições. É que, segundo Salgado, para a efetivação dos princípios republicano e democrático, que pautam o Estado brasileiro, na formação da vontade política do Estado, enquanto democracia genuína, exige-se “um conjunto de direitos, liberdades e garantias que permita a formação da vontade política sem vícios e sem distorções”^{36 37}.

Daí, então, a necessidade de saber se falta legitimidade em escolhas eleitorais (votos) proferidos com base em interesses (exclusivamente econômico) do eleitor. O voto econômico, egotrópico e / ou sociotrópico, atrairia para as eleições uma carga de ilegitimidade? O voto econômico seria afronta ao direito a eleições “justas e livres”³⁸, citado por Robert Dahl?

Respondendo a essas questões, Salgado aduz, em precisas lições, que legitimidade do processo eleitoral não tem a ver com o significado do voto, com a opção política do eleitor, ou com a confiança que cada eleitor tem com cada candidato; para a autora, “a legitimidade da disputa eleitoral deve ser garantida com a proteção (inclusive na esfera penal) contra determinadas condutas³⁹ em defesa dos direitos subjeti-

³⁵LEWIS-BECK, Michael S. e STEGMAIER, Mary. Op. cit. p. 321.

³⁶SALGADO, Eneida Desiree. **Princípios constitucionais eleitorais**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 33.

³⁷Sabe-se da vasta discussão teórica acerca dos conceitos de princípio republicano, democrático e propriamente democracia. Aprofundar nessa discussão, entretanto, é despiendo para o presente trabalho.

³⁸DAHL, Robert Alan. **A democracia e seus críticos**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012. p. 137.

³⁹São várias as condutas que podem afetar negativamente a disputa eleitoral, como por exemplo a arrecadação e o gasto ilícito de recursos em campanha, a propaganda ilegal (inclusive a propaganda extemporânea), a captação ilícita de sufrágio, a propaganda institucional, a não desincompatibilização a eventual cargo público ocupado no período eleitoral, coação, fraude, corrupção etc.

vos do eleitor e por meio de princípios objetivos constitucionais que reflitam os valores democráticos do sistema”⁴⁰.

Dessa forma, explicando uma das subdivisões⁴¹ do princípio constitucional da autenticidade eleitoral, Salgado apresenta a autenticidade do voto:

A “autenticidade” do voto deve ser entendida de maneira fraca, não atingindo sua significação de pureza, de genuinidade, em face do desenho constitucional da democracia brasileira.

A partir da concepção de democracia já explicitada, a autenticidade do voto não pode estar vinculada a um modelo de cidadão padrão que forme a sua vontade eleitoral tendo por exclusivo fundamento o interesse público. Não que isso não seja desejável: ao contrário, o é, além de ser uma decorrência do ideal republicano. Isso não pode chegar a determinar, no entanto, a invalidez ou a ilegitimidade do voto baseado em preferências pessoais, sob pena de imposição de uma concepção perfeccionista ao indivíduo.⁴²

Citando Bernard Manin, Salgado complementa:

[...] a democracia não exige que os eleitores adotem ‘*estándares imparciales*’ para a escolha de seus candidatos. Podem decidir pelo mais competente ou honesto, mas também podem dirigir sua decisão a partir de características individuais, cuja valoração não precisa ser necessariamente compartilhada pelos demais eleitores.

O que se percebe, portanto, é que, com razão, a doutrina não vê ilegitimidade no exercício do voto econômico. Talvez por isso, sendo mais pragmático, o constituinte tenha adotado como cláusulas pétreas o “voto direto, secreto, universal e periódico”⁴³, mas não tenha susci-

⁴⁰SALGADO, Eneida Desiree. Op. cit. p. 35.

⁴¹Para a autora, o macro princípio constitucional da autenticidade eleitoral decorre necessariamente da (1) autenticidade do voto, (2) da veracidade do escrutínio e (3) da fidedignidade da representação política (SALGADO, Eneida Desiree. Op. cit. p. 33-67).

⁴²SALGADO, Eneida Desiree. Op. cit. p. 41-42

⁴³BRASIL. Planalto. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Op. cit. art. 60, § 4º, inciso II.

tado a exigência a um voto fundamentado no interesse público. Igualmente, justifica-se a ausência de previsão constitucional de impugnação às eleições e / ou ao mandato eletivo decorrente exclusivamente de voto pautado em interesse individual⁴⁴. O que há é a previsão de criação de lei complementar para combate à influência do poder econômico nas eleições que venham afetar a sua normalidade e / ou legitimidade⁴⁵; entretanto, no caso do voto econômico essa influência não é indevida nem vise afetar a normalidade e / ou a legitimidade do processo eleitoral. A intenção eleitoral do cidadão deve ser manifestada livre de amarras e vícios, sendo que seu interesse em ascender economicamente não perpassa por essas amarras e vícios; trata-se de finalidade legítima.

Não cabe ao Estado intervir no voto do cidadão; aliás, intervindo haveria uma influência antidemocrática⁴⁶. O papel do Estado é que o eleitor chegue às urnas para votar de acordo com sua consciência, seja ela em prol de si mesmo ou da sociedade; seja ela por motivações sociais, econômicas, ou de qualquer outro tipo (desde que não proveniente de ilicitudes). Por mais estranheza que possa causar, fundamentar um voto única e exclusivamente na simpatia (ou na beleza) de um candidato não é menos legítimo do que fundamentar um voto a partir da escolha entre as propostas de candidatos concorrentes.

Nesse sentido, Dahl ressalta a importância da autonomia individual dos indivíduos na tomada de decisões (ainda que sejam coletivas):

⁴⁴BRASIL. Planalto. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Op. cit. art. 14, § 10.

⁴⁵BRASIL. Planalto. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Op. cit. art. 14, § 9º.

⁴⁶Sobre a interferência do Estado nas eleições, Guedes ressalta: “Com uma legislação tão interventiva como é a legislação que hoje disciplina as eleições, o que é reconhecido tanto por aqueles que a criticam como aqueles que a aplaudem, o medo é que assalte em todos nós, que atuamos com o direito, uma tentação de intervenção demasiada, para além, inclusive, do que já se manifesta na própria lei, de tal maneira que, ao invés de colaboramos para o processo de formação de vontade livre do povo, pois é disso que se cuida a democracia, acabemos por comprometer essa mesma liberdade do eleitor, que é quem, afinal de contas, numa democracia, deve ter a última palavra”. GUEDES, Néviton. **As eleições municipais e o processo de democracia**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-set-17/constituicao-poder-eleicoes-municipais-processo-democracia>>. Acesso em 17 de jul. 2015.

Portanto, aceitar a ideia da autonomia pessoal entre adultos é o mesmo que estabelecer uma presunção de que, ao tomar decisões individuais ou coletivas, cada adulto deve ser tratado - para o fim de tomar decisões - como o juiz adequado de seus próprios interesses. Por conseguinte, na ausência de uma demonstração muito gritante de incompetência, a presunção é, em princípio, vinculativa. Em suma:

A PRESUNÇÃO DE AUTONOMIA PESSOAL: na falta de uma prova definitiva em contrário, todos são, em princípio, os melhores juízes de seu próprio bem e de seus próprios interesses.⁴⁷

Não obstante isso, é importante bem delimitar que o voto econômico é uma avaliação do eleitor a partir de uma análise conjuntural da sua situação econômica ou da situação econômica da sociedade. É diferente, portanto, de vantagem econômica oferecida por candidato a um determinado eleitor ou a um grupo determinado de pessoas em troca do seu voto, o que continua caracterizando a malsinada captação ilícita de sufrágio⁴⁸, vedada por lei, pois afeta a legitimidade das eleições.

A liberdade política de votar, parte essencial na construção da soberania popular, deve ser preservada na sua inteireza⁴⁹, já que “ninguém é mais bem qualificado que nós mesmos para julgar se os resultados [eleitorais] são de nosso interesse”⁵⁰, razão pela qual Espíndola afirma que “a vontade popular, nas urnas, não é só pressuposto do Estado democrático de direito, é seu fim, sua base, é uma de suas maiores

⁴⁷DAHL, Robert Alan. Op. cit. p. 155.

⁴⁸“Art. 41-A. Ressalvado o disposto no art. 26 e seus incisos, constitui captação de sufrágio, vedada por esta Lei, o candidato doar, oferecer, prometer, ou entregar, ao eleitor, com o fim de obter-lhe o voto, bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza, inclusive emprego ou função pública, desde o registro da candidatura até o dia da eleição, inclusive, sob pena de multa de mil a cinqüenta mil Ufir, e cassação do registro ou do diploma, observado o procedimento previsto no art. 22 da Lei Complementar no 64, de 18 de maio de 1990.” BRASIL. Planalto. **Lei nº 9.504/1997**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19504.htm>. Acesso em 17 de jul. 2015.

⁴⁹ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Justiça brasileira contramajoritária e soberania popular: a democrática vontade das urnas e a autocrática vontade judicial que a nulifica. In: **Revista Eleições & Cidadania**. Ano 4, n. 4. Teresina/PI, jan/dez 2013, p. 98-125. p. 113.

⁵⁰DAHL, Robert Alan. Op. cit. p. 154.

e mais sentidas preocupações”⁵¹.

De todo o exposto, conclui-se que realmente há a influência do voto econômico na América Latina (principalmente pelo enfoque sociotrópico⁵²), muito em razão da instabilidade da economia dos países da referida região (que, embora tenha diminuído, ainda é experimentada em alguns países), o que fomenta a preocupação do eleitor em relação às demandas econômicas do governo.

Contudo, a análise do voto econômico não é simples e está sujeita a inúmeros fatores que irão variar em cada país, em cada economia diferente. Explicando as variações ocorridas entre o voto econômico nos diferentes países da América Latina, Ratto afirma que “gran parte de tales variaciones han sido atribuidas a los efectos que el contexto institucional impone”⁵³. Algo que certamente pode vir a impactar nas diferenças do voto econômico em cada país é, por exemplo, o sistema eleitoral, a existência ou não de segundo turno nas eleições, a quantidade de partidos políticos que disputam o poder e, até mesmo, a influência que cada partido político possui na mídia. Nesse sentido, percebe-se uma grande dificuldade em realizar estudos transnacionais, principalmente em razão dessa ausência de padrão⁵⁴, denunciada por Veiga e Silva.

Por tais fatores, sugere-se estudos sobre voto econômico mais centrados em países individualmente, a fim de que se consiga, por exemplo, conclusões do tipo: “a percepção da ascendência social foi o fator que mais contribuiu para o sucesso de Dilma, confirmando-se que os benefícios econômicos seguem fazendo com que o eleitor recompense os políticos”⁵⁵, o que não é fácil de sustentar e concluir

⁵¹ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Op. cit. p. 121.

⁵²RATTO, María Celeste. Accountability in Latin America: a study of Economic Voting during the economic reforms. **Revista de la Sociedad Argentina de Análisis Político (SAAP)**. Vol 5, Nº1, Mayo de 2011. SAAP: Buenos Aires. ISSN: 1666-7883. Pp. 59-92. p. 63.

⁵³RATTO, María Celeste. Op. cit. p. 63.

⁵⁴VEIGA, Luciana Fernandes; SILVA, Arthur Leandro da. p. 61. | Ainda a respeito da dificuldade da análise transnacional nos países da América Latina: “La Ciencia Política en la región latinoamericana ha tenido un desarrollo muy desigual, en íntima relación con el propio desarrollo político de los diferentes países”. (NOHLEN, Dieter. **Instituciones políticas en su contexto: las virtudes del método comparativo**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007. p. 16-17)

⁵⁵TELLES, Helcimara; MUNDIM, Pedro Santos. Op. cit. p. 23.

quando a análise é feita em vários países, com variadas realidades políticas, e, nas palavras de Ratto⁵⁶, fatores intrínsecos a cada um desses países que podem vir a dificultar o processo de responsabilização do político no poder e, conseqüentemente, o voto econômico.

Ademais disso, constatou-se que não há qualquer ilegitimidade nas decisões políticas tomadas a partir do voto econômico. Ao contrário, a concepção do voto a partir de percepções econômicas sugere um eleitor mais atento à realidade política na qual está inserido. Deve-se, portanto, proteger a autenticidade do voto, a sua liberdade, não se podendo interferir nas suas motivações que não sejam ilícitas.

⁵⁶Em sua pesquisa, Ratto apresenta como uma de suas hipóteses, que vem a ser posteriormente confirmada, que além dos fatores que interferem normalmente no voto econômico nas democracias consolidadas, há também outros fatores intrínsecos às democracias latinoamericanas que afetam a atribuição de responsabilidade do gestor / partido que esteja no poder, ou seja, afeta o voto econômico. (RATTO, María Celeste. Op. cit. p. 67.)

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. ed. rev. e atual. – São Paulo: Malheiros, 2003.

BORBA, Julian. Cultura política, ideologia e comportamento eleitoral: alguns apontamentos teóricos sobre o caso brasileiro. **Opinião Pública**, Campinas, Vol. XI, nº 1, Março, 2005, p. 147-168.

BORSANI, Hugo. Eleições e Desempenho Macroeconômico na América Latina (1979-1998). **DADOS - Revista de Ciências Sociais**. Rio de Janeiro, Vol. 44, nº 3, 2001, pp. 481 a 512.

BRASIL. Planalto. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18 jun. 2015.

BRASIL. Planalto. **Lei nº 9.504/1997**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19504.htm>. Acesso em 17 de jul. 2015.

CAMARGOS, Marcelo Braga. Refinando a teoria do voto econômico: América Latina revisitada. In: TELLES, Helcimara. e MORENO, Alejandro. (orgs.). **Comportamento Eleitoral e Comunicação Política na América Latina**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2013.

DAHL, Robert Alan. **A democracia e seus críticos**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Justiça brasileira contramajoritária e soberania popular: a democrática vontade das urnas e a autocrática vontade judicial que a nulifica. In: **Revista Eleições & Cidadania**. Ano 4, n. 4. Teresina/PI, jan/dez 2013, p. 98-125.

GUEDES, Néviton. **As eleições municipais e o processo de democracia**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-set-17/constituicao-poder-eleicoes-municipais-processo-democracia>>. Acesso em 17 de jul. 2015.

LEWIS-BECK, Michael S. e STEGMAIER, Mary. The Economic vote in transitional democracies. **Journal of Elections, Public Opinion and Parties**, V. 18:3, pp. 303-323, 2008.

MARTINS, Flávia Bozza. **Avaliação do desempenho do presidente na**

economia e políticas públicas como determinantes do comportamento eleitoral na América Latina: o voto econômico entre 2004 - 2012. Dissertação. Universidade Federal do Paraná. Programa de Pós-Graduação em Ciência Política. Curitiba, 2014. Brasil.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

NOHLEN, Dieter. **Instituciones políticas en su contexto: las virtudes del método comparativo.** Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007.

RADMANN, Elis Rejane Heinemann. **O eleitor brasileiro. Uma análise do comportamento eleitoral.** Dissertação. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Programa de Pós-Graduação em Ciência Política. Porto Alegre, 2001. Brasil.

RATTO, María Celeste. Accountability in Latin America: a study of Economic Voting during the economic reforms. **Revista de la Sociedad Argentina de Análisis Político (SAAP).** Vol 5, N°1, Mayo de 2011. SAAP: Buenos Aires. ISSN: 1666-7883. Pp. 59-92.

SALGADO, Eneida Desiree. **Princípios constitucionais eleitorais.** Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SINGER, Matthew. **Economic voting in an era of (non) crisis: The changing electoral agenda in Latin America 1982-2010.** Disponível em: <http://www.polisci.uconn.edu/people/faculty/doc/Singer-CP_Economc_Voting_in_Latin_America.pdf>. Acesso em 18 jun. 2015.

TELLES, Helcimara; MUNDIM, Pedro Santos. Comportamento eleitoral e comunicação política. In: TELLES, Helcimara. e LAVAREDA, Antônio. (orgs.). **Voto e estratégias de comunicação política na América Latina.** Curitiba: Editora Appris, 2015.

VEIGA, Luciana Fernandes; SILVA, Arthur Leandro da. Voto econômico na América Latina em fase de crescimento econômico e redução da pobreza. In: TELLES, Helcimara. e LAVAREDA, Antônio. (orgs.). **Voto e estratégias de comunicação política na América Latina.** Curitiba: Editora Appris, 2015.

Da semiótica peirceana à semiótica jurídica

Alana Gomes de Medeiros¹

Resumo

O presente trabalho empenha-se em realizar, inicialmente, uma explanação acerca da semiótica enquanto teoria dos signos de Charles Sanders Peirce, com base em seus escritos reunidos na obra *Semiótica*. Nessa primeira parte, selecionam-se, arbitrariamente, conceitos tidos como os mais relevantes na teoria dos signos peirceana. Posteriormente, realiza-se um breve comentário sobre a considerável relação que se encerra entre a Semiótica e a Ciência do Direito, com o intuito de demonstrar como a semiótica empenhou grandes contribuições para a construção da linguagem jurídica, do discurso argumentativo jurídico e, por conseguinte, do conhecimento e aplicação do direito.

Palavras-chave: Semiótica; Signo; Semiótica jurídica.

Abstract

This paper aims, at first, making an explanation on the semiotics as a sign theory of Charles Sanders Peirce, basing his papers reunited in the book *Semiotics*. Firstly, arbitrarily are chosen concepts considered as the most relevant in Peirce' studies. Afterward, is made a brief comment on the considerable relation between the Semiotics ans the Law Science, intending to demonstrate how the semiotics was importante to the construction of the juridical language, of the judicial argumentative speech and the knowledge and the praxis of Law.

Keywords: Semiotics, Sign, Juridical Semiotic.

¹Acadêmica do curso de Direito da Universidade Federal do Piauí

Semiótica Peirceana enquanto teoria dos signos

Charles Sanders Peirce, nascido em Cambridge - Massachusetts no ano de 1839, foi um importante filósofo, matemático e cientista americano. Filho de um renomado matemático de Harvard, desde a infância, teve surpreendente desenvolvimento intelectual. Esse autor atuou moderadamente como professor universitário, dedicou-se a várias áreas do conhecimento e teve pouco dos seus escritos publicados quando vivo. Tais fatos contribuíram para um largo período de esquecimento de Peirce, mas hoje sua importância é indiscutivelmente reconhecida.

Dentre as várias áreas a que se dedicou, Peirce tinha como paixão o estudo da lógica, assunto sobre o qual ministrou palestras e participou de conferências. Para o autor, semiótica é sinônimo de lógica e pode ser entendida como a doutrina dos signos. Embora nunca tenha escrito um tratado sobre semiótica, Peirce teve seus manuscritos publicados em coletâneas, nas quais se pode perceber o constante aperfeiçoamento de suas concepções e dos conceitos empregados. Entre os motivos desse empenho no estudo da lógica, figura o desejo de apresentar uma base pertinente à sua versão de pragmatismo.

É especialmente interessante como a semiótica, inicialmente usada por Peirce como um instrumento de prova do método pragmatista, vai aos poucos crescendo em importância para abranger a ação do signo em todas as dimensões possíveis da realidade, e não apenas na clarificação dos conceitos, como se propunha originalmente o pragmatismo (HOUSER, 1992, citado por ROMANINI, 2006, p. 35).

A semiótica, então, é vista hoje como um campo de estudo bastante vasto e de fundamental relevância para várias outras ciências, principalmente, a linguística. Peirce ao desenvolver este assunto buscava, por meio de uma aproximação com a filosofia, estabelecer bases sólidas de conhecimento para todas as ciências aplicadas. Nesse ponto, é importante notar que toda e qualquer produção humana é uma questão de semiótica, o que faz desta um ramo tão vasto e importante.

No estudo da semiótica peirceana é constante e significativa a presença de tríades, ou seja, as ideias de um, dois e três se estabelecem

nos conceitos, nas classificações e nas categorias. Para que se possa iniciar o estudo da semiótica em si, torna-se, então, imprescindível a explicação dessa fixação de Peirce por tríades, a qual, por vezes, parece lhe levar a certa arbitrariedade na organização do seu pensamento.

A explicação para o uso de tríades, segundo Peirce, está na própria natureza da mente humana. O autor, leitor assíduo de Kant que bastante o influenciou neste tema como em outros, acredita que as ideias de primeiro, segundo e terceiro são tendências congênicas da mente. Sobre esse tema, Peirce escreveu:

Descobrimos que as ideias de primeiro, segundo e terceiro são ingredientes constantes do nosso conhecimento. Portanto, isso se deve ao fato de nos serem elas dadas continuamente pelas colocações do sentido ou ao fato de que faz parte da natureza peculiar de nossas mentes combiná-las com nossos pensamentos. Ora, certamente não podemos pensar que essas ideias nos são dadas pelos sentidos (Peirce, 2000, p. 13).

A esses três departamentos da mente, Peirce chamou primariedade, secundidade e terceiridade. A primariedade se identifica com uma consciência imediata e não refletida, uma consciência passiva da qualidade e instantânea, em outras palavras, o acaso. Essa se caracteriza por uma liberdade em relação a um segundo, por exemplo, a qualidade do roxo. A secundidade, por sua vez, está ligada ao sentido de relação e de resistência, ação e reação de fatos concretos. Em outras palavras, a secundidade é a binariedade pura, por exemplo, a palavra “outro” que subentende necessariamente um primeiro e um segundo. Por fim, a terceiridade se configura como uma consciência sintética, capaz de mediação e, por conseguinte, sentido de aprendizado e pensamentos. É através deste departamento que compreendemos o mundo. No campo da experiência, primariedade, secundidade e terceiridade correspondem, respectivamente, às categorias originalidade, obsistência e transuasão ou mediação. (Peirce, 2000).

Vislumbrada essa ideia, pode-se iniciar o estudo do objeto da semiótica em si: o signo. Este figura como o tipo de mediação genuína e recebe vários conceitos complementares ao longo dos escritos de Peirce. Uma dentre essas definições é a de signo como:

“tudo aquilo que está relacionado a uma segunda coisa, seu objeto, em respeito a uma qualidade, de modo tal a trazer uma terceira coisa, seu interpretante, para uma relação com o mesmo objeto e de modo tal a trazer uma quarta para uma relação com aquele objeto na mesma forma, ad infinitum” (Peirce, 2000, p. 28)

De forma simplificada e não muito adequada, pode-se definir signo como tudo aquilo capaz de representar alguma coisa para alguém.

Assim, pode-se dizer que a qualidade definidora de um signo é a sua capacidade de representação. Isso, porque o signo não é o seu objeto em si, ele apenas alude a este objeto. Por exemplo, a palavra mesa pode se referir a uma mesa em si, como também ao desenho de uma mesa ou à foto de uma mesa. Dessa forma, depreende-se a existência do signo mesmo que o objeto deste não esteja materializado, ou seja, um signo pode existir nas nossas mentes e continuar sendo real, mesmo que seu objeto não esteja no mundo concreto. Outras partes importantes da representação é para quem esse signo representa algo, seu intérprete, e a ideia que esse signo desperta na mente do intérprete acerca do seu objeto, o interpretante. Deve-se notar também que o conceito de signo escolhido demonstra o encadeamento de ideias por meio do signo, visto que o próprio interpretante pode agir como signo. Desse modo, percebe-se o signo como base da construção de pensamentos mais complexos e da interpretação do mundo.

Outra importante característica dos signos destacada na obra de Peirce é seu dinamismo ou, em outras palavras, sua capacidade de mudança e de crescimento. Isso pode ocorrer por parte da combinação de signos já existentes como pelo desenvolvimento de novos signos a partir de signos anteriores. É importante ressaltar também que um signo pode ter seu sentido alterado ao longo dos anos, a palavra casamento, por exemplo, recebe hoje um significado bastante diverso daquele que recebia na antiguidade, ou seja, o signo forma novos interpretantes nas mentes dos intérpretes.

Por fim, a observação de que nenhum signo consegue representar o seu objeto em sua totalidade é necessária.

O longo curso do tempo (*the long run*, diria Peirce) sempre demonstrará que aquilo que foi tomado

como completo não passava de apenas um dos aspectos parciais do objeto, visto que este, na sua inteireza ou totalidade, não pode ser capturado nas malhas dos signos. Por mais que a cadeia signica cresça, o objeto é aquilo que nela sempre volta a insistir porque resiste na sua diversidade. (Santaella, 1995, p.45 e 46)

Explicitado o que Peirce entende por signos, pode se estabelecer as classificações não surpreendentemente triádicas que ele atribui a esses. Dentre essas classificações, serão citadas, neste trabalho, as três tricotomias mais desenvolvidas em seus escritos. A primeira delas toma o signo em si mesmo, conforme ele seja uma mera qualidade; a segunda conforme a relação do signo com seu objeto; e a terceira conforme a relação do signo com seu interpretante (Peirce, 2000). Como resultado da primeira tem-se os qualissignos (mera qualidade como um signo), os sinsignos (coisa ou evento real e concreto como um signo) e os legsignos (lei como um signo); da segunda tem-se ícone, índice e símbolo, os quais receberão especial atenção adiante; e da terceira tem-se rema, dicsigno ou dicente e argumento que são entendidos pelo interpretante, respectivamente, como signo que representa uma espécie de objeto possível, um signo com existência real e um signo de lei.

A segunda das tricotomias apresentadas acima terá um estudo mais detalhado que as demais. Contudo, essa decisão arbitrária pode ser justificada, uma vez que as categorias ícone, índice e símbolo foram as mais desenvolvidas por Peirce e, por conseguinte, as mais importantes e utilizadas até hoje. Sobre essa tricotomia, Peirce afirmou que suas três categorias eram a pedra preciosa que ele deixava para a história da filosofia. (Santaella, 1995). Segue adiante a análise das categorias ícone, índice e símbolo.

O ícone é um signo característico da primariedade, visto que sua virtude signficante se deve apenas à qualidade. Disso decorre que o ícone não representa nada verdadeiramente, ele apenas se apresenta como uma qualidade passível de contemplação. Desse modo, o ícone não tem nenhuma relação com objeto e se refere a este apenas por meio dos caracteres que possui, os quais lhe serão próprios independentes da existência real do objeto. (Peirce, 2000). Em outras palavras, significa dizer que o ícone não tem conexão com o objeto que representa, ele apenas possui qualidades que se assemelham às qualidades do

objeto. Isso desperta na mente do intérprete uma sensação de semelhança entre o ícone e o objeto, mesmo que estes não se relacionem. Entretanto, é importante notar que o ícone só atuará como um signo verdadeiro, caso seu objeto seja existente; caso não, o ícone terá apenas uma potencialidade de signo.

Apresentam-se como ícones as cores, as formas, os esboços, tudo aquilo que se assemelha ao objeto sem estar a ele fisicamente relacionado. Isso confere aos ícones uma importância especial, pois eles podem sugerir à mente humana inúmeros objetos sem carregar em si mesmo nenhum deles. Dessa forma, os ícones são fundamentais às criações artísticas e científicas. Dentro dessa categoria, ressaltam-se ainda os signos icônicos, ou seja, signos que representam seus objetos por semelhança que são chamados de hipoícones. Estes podem ser imagens, diagramas ou metáforas. (Peirce, 2000)

Os signos característicos da secundidade são os índices. Este tipo de signo caracteriza-se por ser um existente singular capaz de indicar/chamar a atenção para o seu objeto também existente, ao qual está conectado fisicamente. Ou seja, o índice não se une ao seu objeto nem por semelhança, como nos ícones, nem por ação do interpretante, mas porque está verdadeiramente ligado ao seu objeto. Dessa forma, os índices tornam-se o tipo de signo mais abundante, estando presente em toda nossa vida cotidiana, uma vez que tudo pode funcionar como índice desde que seja estabelecida uma relação existencial com um objeto.

Talvez o exemplo mais conhecido de índice sejam as pegadas, pois elas, claramente, estão relacionadas a um segundo, no caso, o pé que deixou sua marca. Vários outros exemplos da união de duas experiências podem ser dados: o sintoma que indica a doença, as letras utilizadas para indicar figuras geométricas ou mesmo o simples ato de apontar para voltar a atenção do ouvinte a algum objeto.

Para finalizar o estudo desta tríade, tem-se o símbolo que é o signo típico da terceiridade. O símbolo é um signo que se refere a um objeto ao qual está ligado por meio de uma associação de ideias - uma lei. Explica-se: essa lei faz com que o símbolo gere um interpretante, na mente do intérprete, que se refira a determinado objeto. Dessa forma, o símbolo pode ser entendido com um signo convencionalizado, o qual depende de um hábito. (Peirce, 2000) É importante notar que os símbolos representam tipos gerais de objetos também gerais. Para exem-

plificar isso, usa-se a palavra cachorro, esta não se refere ao cachorro da sua sogra ou a um cachorro da raça maltês, mas sim a espécie cachorro. Ressalta-se aqui uma diferença entre índice e símbolo, aquele se mostra como existente e este como abstrato. Isso, porque o símbolo possui caráter geral e não se refere a objetos singulares. Contudo, o símbolo se manifesta em réplicas, ocorrências singulares. (Santaella, 1983). Essa página, por exemplo, está repleta de réplicas da palavra símbolo.

Exposto o que Peirce entende por símbolo, é possível demonstrar como esse é o mais importante dos signos. Primeiro porque os símbolos são essenciais à comunicação, uma vez que todas as nossas falas estão repletas de símbolos capazes de representar objetos, eventos, sentimentos, etc. Essa representação acontece de maneira geral, como já foi dito, e isto confere outra grande importância aos símbolos, uma vez que estes provocam interpretantes também gerais que servirão como signos para a formação de novos interpretantes e dessa maneira o raciocínio desenvolve-se em uma sequência infinita. Desse modo, os símbolos são os pilares da construção de raciocínios, pensamentos, ideias. Não por acaso os argumentos indutivos, dedutivos e abduativos são classificados por Peirce como símbolos.

A presença da Semiótica no Discurso Jurídico

Tendo em mente tudo o que foi acima debatido, propõe-se agora que o direito moderno pode ser considerado expressão da semiótica, uma vez que se configura como uma ciência fundamentalmente linguística, manifestada por meio da oralidade e da escrita. Essa ciência jurídica se desenrola pela combinação de diversos signos, os quais desempenham funções representativas de casos hipotéticos assim como funções de reconstrução da realidade. É fácil perceber isso por meio das codificações modernas, do diálogo entre os vários agentes processuais, das questões hermenêuticas, do discurso dos juristas ou mesmo da linguagem jurídica altamente especializada. Essa relação necessária e inegável entre direito e semiótica fez surgir o termo semiótica jurídica, assunto alvo do estudo de importantes autores, como Eduardo Bittar e Tércio Sampaio Ferraz.

Tratar-se-á, em primeiro lugar, da linguagem jurídica como manifestação semiótica. O direito, assim como a física e a biologia, é uma ciência que demanda terminologias próprias para termos e conceitos

específicos do seu ramo. Para o desempenho dessa tarefa, o direito apoia-se na semiótica, visto que ela fornece os símbolos que representam categorias gerais do direito. Peirce, em sua obra *Semiótica*, chega a pontuar acerca de como deve ser feita a escolha das terminologias, ressaltando a importância de que o símbolo se relacione em sua origem ou imagem com o significado que lhe desejam atribuir – ou seja, mantenham uma relação de sentido. Ressalta também a importância de que após uma terminologia ser convencionada, todos os demais atuantes na área devem segui-la, de modo a evitar que diversos símbolos sejam atribuídos a uma mesma ideia, dificultando o intercâmbio de informações. (Peirce, 2000).

Como exemplo do discutido acima, tem-se a própria terminologia “direito”, que em uma das várias visões, tem como origem os termos latinos “directus” e “rectus” que dão a ideia “daquilo que se comporta como uma reta”. Desse mesmo modo, muitos outros símbolos foram atribuídos a noções jurídicas. Contudo, é importante notar que, por vezes, ao apropriar-se de termos cotidianos de linguagem não específica, o direito acaba por abrir espaço a ambiguidades e dificuldades de compreensão dos seus termos, sobretudo, por parte daqueles que não participam diretamente do campo jurídico. Demonstra-se:

Vejam, por exemplo, o que ocorre com a palavra ‘competência’ – adjetivo: competente. Quando dizemos que o juiz dos Feitos da Fazenda Municipal é competente para julgar as causas em que a Prefeitura é autora ou ré, não estamos absolutamente apreciando a ‘competência’ ou preparo cultural do magistrado. Competente é o juiz que, por força de dispositivos legais da organização judiciária, tem poder para examinar e resolver determinados casos, porque competência, juridicamente, é a medida ou extensão da jurisdição. (Reale, 2002, pg. 8)

A existência de signos ambíguos e, por outro lado, a de signos altamente específicos que não mantêm nenhuma relação com termos cotidianos torna a linguagem jurídica bastante complexa e de difícil compreensão pra quem não se dedica ao seu estudo. Como consequência disso, o diálogo entre as partes processuais é dificultado ou até mesmo inviabilizado, visto que advogados, juízes e promotores tem de se valer da linguagem altamente técnica em seus discursos, os quais

ficam repletos desses signos ambíguos e específicos. Tendo em vista essas barreiras criadas pela linguagem técnica do direito e sua imprecisão assim como outros fatores, o filósofo do direito Robert Alexy desenvolveu uma teoria da argumentação jurídica.

Esse autor pondera a existência do discurso jurídico em âmbitos e finalidades diversas:

Há tipos totalmente diferentes de discussão jurídica. Podem-se distinguir assim as discussões da Ciência do Direito (da dogmática), as deliberações dos juízes, os debates nos tribunais, o tratamento de questões jurídicas nos órgãos legislativos, em comissões e em comitês, a discussão de questões jurídicas (por exemplo, entre estudantes, entre advogados e entre juristas da administração ou de empresas), bem como a discussão sobre problemas jurídicos nos meios de comunicação em que surjam argumentos jurídicos (Alexy, 2005, p. 209)

Dessa variedade de tipos de discussão jurídica surge a necessidade de argumentos diversos, capazes de encontrar adesão nos mais diversos públicos. Diante disso, Alexy estabelece regras que visam a garantir racionalidade do discurso jurídico e compreensão dos signos próprios da linguagem jurídica por parte de enunciadores e ouvintes do discurso, sobretudo daquele utilizado na justificação de decisões jurídicas.

Para enfrentar tais problemas de semântica e interpretação, a semiótica jurídica pode ser vislumbrada como a investigação dos sistemas de significação jurídica. (Bittar, 2010) Desse modo, tal semiótica não empreende uma busca pela literalidade dos símbolos empregados no discurso jurídico, mas pela multiplicidade significativa que esses símbolos adquirem no discurso. Em outras palavras, entende-se que a proposta da semiótica jurídica é de uma análise significativa profunda e não de uma análise meramente descritiva de signos. Nesse contexto, ressaltam-se as questões hermenêuticas e a validade do uso destas, como meios interpretativos para aplicação do direito.

Pretende-se, pelo contrário, na busca semiótico-jurídica do sentido, interpretar, avaliar, julgar, restaurar, reparar, indicar, criticar as práticas jurídico-discursivas. Muito menos fazendo com que

venham a adequar-se ao modelo e muito mais fazendo do modelo uma forma de busca e crítica do fenômeno discursivo dos domínios jurídicos. (Bittar, 2010, pg.69)

Conclusão

Conclui-se, então, que uma análise semiótica da realidade do direito é imprescindível, sobretudo, a fim de que mediante a possibilidade de enunciar o discurso jurídico e, ainda mais importante, a decisão jurídica realize-se uma interpretação capaz de extrair o verdadeiro sentido dos signos empregados nas normas e princípios. Tal fato se configuraria como uma forma de evitar a arbitrariedade por parte dos enunciadores do discurso.

O uso da semiótica jurídica também se mostra fundamental em outros quesitos, alguns citados acima, como a construção de terminologias específicas do direito e o reconhecimento de barreiras linguísticas entre os sujeitos processuais, e demais vislumbrados na própria dinâmica da linguagem jurídica.

O referido reconhecimento das barreiras linguísticas é um quesito que deve ser revisto e, no maior grau possível, superado pelos estudantes e profissionais do direito assim como pelos demais cidadãos. Isso, porque para que as normas jurídicas se cumpram efetivamente é essencial que aqueles que estão submetidos a esta norma possam compreender os signos que a formam e, principalmente, o modo como esta norma é interpretada e aplicada. Assim, todos poderão exercer o direito, exigir seu cumprimento e reagir a arbitrariedades de forma consciente.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 2ed. São Paulo: Landy, 2005.

BITTAR, Eduardo C. B. Linguagem jurídica. 5ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PEIRCE, Charles Sanders. Semiótica. 3ed. São Paulo: Perspectiva, 2000.

REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 27ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROMANINI, Anderson Vinícius. Semiótica Minuta: Especulações sobre a Gramática dos Signos e da Comunicação a partir da obra de Charles S. Peirce. São Paulo: USP, 2006. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências da Comunicação, Escola de Comunicação e Artes, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

SANTAELLA, Lucia. A Teoria geral dos signos: semiose e autogeração. São Paulo: Ática, 1995. (Ensaio, 139)

SANTAELLA, Lucia. O que é semiótica. 8ed. São Paulo: Brasiliense, 1983. (Primeiros Passos, 103)