



UNIANCHIETA

Revista de

CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS

ISSN 2674-838X

FICHA TÉCNICA

Revista de Ciências Sociais e Jurídicas - ISSN 2674-838X, v. 3, n. 2, jul./dez. 2021

Capa: Cláudia Maria Pedro Ruiz Hespanha

Editoração e Diagramação: Gláucia Satsala

Revisão: Regiane Maria Pankoski

Editora: UNIANCHIETA

Profa. Ma. Juliana Savoy Fornari

Diretora Acadêmica

Prof. Me. João Antonio de Vasconcellos

Diretor de Graduação

Prof. Dr. Cláudio Antônio Soares Levada

Coordenador do Curso de Direito

Prof. Me. Elvis Brassaroto Aleixo

Coordenador-adjunto do Curso de Direito

Prof. Dr. Paulo Roberto Cunha

Coordenador da Revista de Ciências Sociais e Jurídicas

CONSELHO EDITORIAL

Prof. Especialista Caio Pompeu Medauar de Souza (Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas, CEDIN, Universidade Estácio de Sá)

Prof. Dr. Claudio A. Soares Levada (Faculdade de Direito Padre Anchieta, Tribunal de Justiça de SP)

Especialista Daniela Alves de Souza (Presidente da Comissão de Direito de Família e Sucessões da OAB Ipiranga)

Especialista Donato Volkens Moutinho (Doutorando pela Faculdade de Direito da USP)

Prof. Me. Elvis Brassaroto Aleixo (Faculdade de Direito Padre Anchieta)

Prof. Me. Leonardo Felipe de Melo Ribeiro Gomes Jorgetto (Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas)

Prof. Dr. Mauro Alves de Araújo (Faculdade de Direito Padre Anchieta)

Prof. Dr. Pietro Nardella-Dellova (PUC/SP, USF e Faculdade de Direito Padre Anchieta)

Prof. Dr. Paulo Roberto Cunha (IEA/USP e Faculdade de Direito Padre Anchieta)

Especialista Valdir Rodrigues de Sá (Comissão Especial de Estudos da Oratória Forense da OAB do Ipiranga)

Prof. Me. Walter José Celeste de Oliveira (Faculdade de Direito Padre Anchieta)

SUMÁRIO

Apresentação.....	04
	<i>Paulo Roberto Cunha</i>
Cláudio Antonio Soares Levada, uma singela homenagem a um grande jurista.....	09
	<i>João Carlos José Martinelli</i>
Cláudio Antonio Soares Levada, o juiz.....	13
	<i>Nestor Duarte</i>
Cláudio Levada fora do espectro do Direito.....	19
	<i>Tatiana Maria Marchi Levada</i>
Ao meu grande mestre da escola da vida	24
	<i>Liliana Maria Marchi Levada</i>
O Direito na pós-modernidade: o Direito líquido e a Operação Lava Jato	27
	<i>Júnio Marques</i> <i>Thaís Battibugli</i>
O Supremo Tribunal Federal e a superação do <i>judicial self-restraint</i> na jurisdição constitucional	42
	<i>Jorge Alberto A. de Araújo</i> <i>Walter José Celeste de Oliveira</i>
A importância da reforma tributária brasileira para a efetivação da justiça social.....	74
	<i>Mariana Bernardes da Costa Arruda</i>
Contribuição introdutória ao estudo do Direito Hebraico	81
	<i>Pietro Nardella Dellova</i>
Afinal, o que é política? – estudos sob a perspectiva da Ciência Política para estudantes de Direito.....	102
	<i>Paulo Roberto Cunha</i>

APRESENTAÇÃO

Era uma manhã de terça-feira, no início de agosto de 2021, quando eu ministrava uma aula da disciplina “Introdução ao Estudo do Direito – IED”, para uma turma de primeiranistas na Faculdade de Direito Padre Anchieta.

Vivíamos o retorno das aulas presenciais depois de um ano e meio experimentando as carências e as limitações inerentes às aulas a distância, que foram necessárias por conta da pandemia. Eu convivía com uma mistura de sentimentos: a alegria pela volta ao sistema presencial; a expectativa pelas minhas novas turmas de estudantes; e um pouco de medo, afinal, a pandemia ainda trazia um desassossego, muito embora a vacinação abençoada e de irrefutável segurança já trouxesse certa tranquilidade para professores, discentes e funcionários da faculdade.

Foi nesse contexto atípico, que o coordenador do curso, o Prof. Claudio Antônio Soares Levada, pediu licença e entrou na sala de aula que eu lecionava. Sempre simpático e brincalhão, ele deu boas-vindas aos calouros, saudou os estudantes que voltavam das férias de julho, falou sobre a seriedade do curso de Direito e transmitiu uma mensagem entusiasmada de incentivo e coragem. Antes de se despedir, ele sugeriu aos alunos:

- Aproveitem o Prof. Paulo, ele é um ótimo professor.

Lisonjeado, eu agradei ao Prof. Levada pelo reconhecimento, afinal, receber um elogio do coordenador do curso na frente dos alunos é valoroso para um jovem professor. Então, eu me dirigi à turma e, com um sorriso de lado a lado, afirmei:

- Gente, é bondade do Prof. Levada, ele está exagerando.

O Levada olhou para mim com a fisionomia séria e respondeu:

- Não, não estou exagerando, estou falando sério! Você é ótimo, sim!

Essa passagem foi uma das últimas conversas que eu tive com o Prof. Levada. Cerca de um mês depois, ele viria a falecer, aos 63 anos, vítima de um infarto, enquanto realizada uma das suas prazerosas atividades de lazer: a pescaria.

Eu conheci o Prof. Levada em agosto de 2013, quando eu comecei a trabalhar como professor de Direito Ambiental na Faculdade de Direito Padre Anchieta. Antes de se tornar coordenador do curso, ele já era muito atencioso e amável comigo, afinal, esse era assim com todo mundo. Lembro que conversamos algumas vezes na sala dos professores e numa delas ele me contou suas interessantes experiências como estagiário, no renomado escritório Pinheiro Neto Advogados, em São Paulo (SP). Como coordenador do curso de Direito, o Prof. Levada sempre reconheceu o meu trabalho e esse último diálogo me marcou bastante, porque ele me elogiou na frente dos meus alunos. Por tudo isso, sou muito grato ao Levada – era assim, de maneira informal e amigável, que nós professores o chamávamos.

Cláudio Antônio Soares Levada nasceu em 1958 na cidade de Jundiaí (SP) e se formou em Direito na turma de 1980 da tradicional Faculdade do Largo São Francisco, na Universidade de São Paulo (USP). Ingressou na magistratura em 1983, sendo nomeado juiz substituto para a 8ª Circunscrição Judiciária, com sede em Campinas. Ele também passou pelas comarcas de Jundiaí, Jacupiranga, Jales e Barueri. Em 2005 tornou-se desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ/SP), onde integrava o Órgão Especial e a 34ª Câmara de Direito Privado. Ele era mestre em Direito Civil pela USP (1992) e doutor também em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP) (2005). Além disso, integrava o Conselho da Associação Paulista de Magistrados (Apamagis). Em 2018, assumiu a coordenação da Faculdade de Direito do Centro Universitário Padre Anchieta, onde já era professor.

O seu falecimento precoce foi uma surpresa ruim para nós, docentes e discentes. Estávamos felizes pelo retorno das aulas presenciais e discutíamos como seria o formato da nossa Semana Jurídica, onde o próprio Levada faria uma palestra.

Quando chegou a hora de anunciar a chamada para submissão de artigos visando a essa 6ª edição da Revista de Ciências Sociais e Jurídicas (RCSJ), eu percebi que seria uma ótima oportunidade de contar um pouco mais sobre o Levada, preservar as nossas lembranças e mostrar para os alunos e as alunas do passado, do presente e do futuro, quem foi o nosso coordenador, afinal este periódico é voltado para o corpo discente da Faculdade de Direito Padre Anchieta.

Por isso, busquei a contribuição de amigos, colegas de trabalho e familiares, que pudessem redigir, de maneira livre e informal, sobre o professor, o amigo, o magistrado, o jurista e o pai Levada.

Assim, além de agradecer a todos os colaboradores desta revista, quero registrar a minha gratidão, especialmente, para os autores que escreveram sobre o Prof. Levada: João Carlos Martinelli, Nestor Duarte, Tatiana Marchi Levada e Liliana Marchi Levada. Agradeço também à professora e desembargadora Maria Cristina Zucchi, por ter intermediado o meu contato com o desembargador Nestor Duarte, afinal eu desejava que alguém do TJ/SP pudesse falar sobre o nosso homenageado. E agradeço mais uma vez ao Prof. João Martinelli por ter contatado a família do Prof. Levada e feito o convite para participar dessa revista.

Desta forma, a 6ª edição da RCSJ conta com os habituais trabalhos relacionados às disciplinas de formação do profissional do Direito, como Introdução do Estudo do Direito, Sociologia Jurídica, Filosofia Jurídica, Ciência Política e Teoria do Estado, e mais quatro textos preciosos sobre o nosso querido Levada.

No primeiro artigo – *Cláudio Antônio Soares Levada, uma singela homenagem a um grande jurista* –, o Prof. João Carlos José Martinelli conta um pouco sobre sua amizade com o Prof. Levada e narra algumas passagens relacionadas ao mundo jurídico que vivenciaram juntos.

O segundo trabalho - *Claudio Antônio Soares Levada, o juiz* – foi escrito pelo Desembargador aposentado do TJ/SP, Nestor Duarte, que foi um dos avaliadores da tese de doutorado do Prof. Levada, sendo que eles ainda trabalharam juntos em muitas oportunidades, como em bancas de concursos para ingresso na magistratura. O Dr. Nestor enfatiza a atuação do nosso homenageado na magistratura, trazendo, inclusive, seus entendimentos jurídicos sobre as seguintes questões: (i) administradores de grupo de *whatsapp* respondem por ofensas entre membros? (ii) supermercado deve indenizar clientes seguido por seguranças sem qualquer justificativa legítima? (iii) advogado gera dano moral ao escrever em petição que a outra parte tem amor reprimido? (iv) o condômino tem legitimidade para exigir individualmente que o síndico preste contas?

O terceiro artigo dessa edição especial da RCSJ – *Claudio Levada fora do espectro do Direito* - elaborado por Tatiana Maria Marchi Levada, filha do nosso homenageado, revela quem era o “papai Cláudio” (nas palavras da autora). O artigo mostra o lado familiar do Prof. Levada, por intermédio de uma narrativa emocionante e compartilha algumas fotos, retratando momentos de descontração e alegria.

O quarto artigo – *Ao meu grande mestre da escola da vida* – foi escrito por Liliana Maria Marchi Levada, filha e também ex-aluna do Prof. Claudio Levada. O texto, também bastante

comovente, não é uma homenagem póstuma, mas é dedicado ao “pai que vive e habita” na autora e “por todos os lugares em que ele passou e deixou a sua marca” (palavras da autora).

A partir do quinto trabalho – *O Direito na pós-modernidade: o Direito líquido e a Operação Lava-Jato* – de autoria de Júnio Marques, ex-aluno da Faculdade de Direito do Centro Universitário Padre Anchieta, e da sua orientadora, a Profa. Thaís Battibugli, esta edição da RCSJ passa a apresentar textos ligados a temáticas jurídicas. Nesse trabalho, Júnio e Thaís promovem uma discussão sobre o pensamento do sociólogo polonês, Zygmunt Bauman, em sua obra *Modernidade Líquida* e sua correlação com os eventos ocorridos durante a instauração da Operação Lava-Jato no Brasil, que fez uso imoderado dos holofotes oferecidos pela imprensa, ofertando caminho perigoso que resultou na violação das garantias fundamentais do indivíduo por parte da força tarefa.

O sexto artigo da revista – *O Supremo Tribunal Federal e a superação do judicial self-restraint na jurisdição constitucional* – elaborado por Jorge Alberto A. de Araujo e Walter José Celeste de Oliveira, analisa o instituto do “self-restraint” no STF.

O sétimo artigo dessa sexta edição da RCSJ – *A importância da reforma tributária brasileira para a efetivação da justiça social* - elaborado por Mariana Bernardes da Costa Arruda, aborda aspectos importantes da Constituição Federal sobre a igualdade de direitos, discutindo a importância de uma reforma tributária bem elaborada para a diminuição das desigualdades sociais do país.

O oitavo trabalho – *Contribuição introdutória ao estudo do Direito Hebraico* – escrito pelo Prof. Pietro Nardella Dellova, foi elaborado com base nas aulas de Direito Hebraico Comparado (Civil e Romano) ministradas pelo autor no Curso de História do Direito, da Faculdade de Direito da USP.

O artigo final desta edição – *Afinal, o que é política? – estudos sob a perspectiva da Ciência Política para estudantes de Direito* – por mim elaborado, inaugura uma série de análises sobre temas essenciais da Ciência Política, voltadas a estudantes e profissionais do Direito. O objetivo é apresentar, de forma analítica, os principais significados da palavra política e suas origens.

Encerro esta apresentação, compartilhando uma foto de um momento muito especial que eu tive com o Prof. Levada e outros colegas da Faculdade de Direito do Centro Universitário Padre Anchieta: a cerimônia de colação de grau que ocorreu no final de 2017.



Professores e professoras da esquerda para a direita: Mauro Araújo Alves, Cassio Bardi da Fonseca, Monika Barros Padilha, Camila Colucci, Claudio Levada, Antônio Carlos Malheiros, João Carlos Martinelli, Clélia Ferrari, Fernanda Favre Merbach, Sebastião Pujol e eu (Paulo Roberto Cunha).

Espero que este sexto número da Revista de Ciências Sociais e Jurídica possa proporcionar uma leitura reflexiva sobre os temas jurídicos e, principalmente, manter viva a lembrança do nosso querido professor, coordenador e amigo Claudio Levada.

Dezembro de 2021

Prof. Dr. Paulo Roberto Cunha

Coordenador da Revista de Ciências Sociais e Jurídicas

**CLÁUDIO ANTÔNIO SOARES
LEVADA, UMA SINGELA
HOMENAGEM A UM GRANDE
JURISTA**

João Carlos José Martinelli¹

No início de sua carreira na Magistratura, o jundiaense Cláudio Antônio Soares Levada atuou na Comarca de Jales. Às sextas-feiras, quando de lá retornava, costumávamos nos encontrar no restaurante, lanchonete e confeitaria “A Paulicéa”, um tradicional estabelecimento que ficou por mais de cem anos instalado na Rua Barão de Jundiaí, no quarteirão entre as Ruas Padroeira e Siqueira de Moraes, em Jundiaí. Conversávamos sobre vários assuntos, principalmente jurídicos. Por volta das 21 horas voltava para sua casa, naquela época no Edifício Farina, popularmente conhecido como prédio do Credi City, que se localizava bem próximo dali.

¹ João Carlos José Martinelli é advogado, jornalista profissional, escritor e professor da Faculdade de Direito do Centro Universitário Padre de Anchieta há 34 anos. É Mestre em Ciências Sociais e Jurídicas pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas, onde também se formou em Direito e cursou Jornalismo. É autor de vários livros, entre os quais, “O Sentimento de Justiça” (Ed. Litearte – 1999), requisitado pela Universidade de Harwad; “Manual de Títulos de Crédito”, em terceira edição sendo atualizada e “O Direito de Envelhecer num País ainda Jovem” (Ed. In House em sexta edição- 2015).

Por volta do ano de 1986, junto com o Dr. Edgard Antônio de Jesus, formou um curso denominado “Reciclagem Jurídica Para Concursos Públicos” no então prédio da Escola Divina Providência, na Vila Municipal. Como sabia de minha preferência por Direito Empresarial na carreira profissional, convidou-me para lecionar essa disciplina. As aulas eram noturnas e nos últimos dias da semana, reuníamos em casa, há dois quarteirões do local, para uma cerveja gelada e discussões sobre temas de Direito.

Em junho de 1987, indicou-me para o Dr. João Bosco para lecionar a mesma matéria na Faculdade de Direito Padre Anchieta de Jundiaí, onde estou até hoje. Nesse período, ele era titular da 1ª. Vara Criminal de Jundiaí (Do Júri e de Menores), passando a ser diretor do Fórum de Jundiaí. Se não o mais, certamente um dos mais jovens a ocupar tal cargo de manifesta relevância.

No dia quinze de outubro de 1997, eu e muitos de seus amigos, principalmente Edgar de Jesus, promovemos um jantar para

Seu último livro é “Direitos Humanos. Resumo de Aulas e Crônicas Jurídicas” de 2020 pela Ed. Saraiva, com prefácio do saudoso Cláudio Antonio Soares Levada. Escreve para alguns jornais e é articulista há vários anos do Jornal de Jundiaí/portaljj.com.br, bem como de inúmeros blogs, entre os quais o luso-brasileiro PAZ, editado na cidade do Porto, em Portugal, no qual participa semanalmente desde 2005.

homenageá-lo, por sua promoção ao então Segundo Tribunal de Alçada Civil, no restaurante Winer, praticamente lotado. Coube ao saudoso Lourenço Abbá Filho, também Juiz de Alçada, saudá-lo. Posteriormente, todos foram integrados ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, já que pela Emenda Constitucional número 45/2004 (Reforma do Poder Judiciário), os Tribunais de Alçadas foram extintos. Levada foi também um dos mais jovens desembargadores, elevando novamente o nome de nossa cidade.

Nossa amizade sempre foi pactuada em lealdade, encontros recreativos, inclusive entre familiares e de estudos. Chegamos a ser homenageados em outubro de 1999, por nossos artigos jurídicos publicados na imprensa. Recebemos do então presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Carlos Mario Velloso, volumes da Constituição Federal do Brasil, impressa pela Secretaria Especial de Editoração e Publicações daquele órgão máximo do Poder Judiciário, com os nossos nomes em relevo nas capas de cada um, com dedicatória especial por “relevantes serviços prestados na área jurídica”. Uma lembrança inesquecível. Em nossos nomes, fui a Brasília recebê-las do Oficial de Gabinete da Presidência do STF, saudoso Sebastião Evandro Jorge, que se tornou um grande amigo.

Foram inúmeras as passagens juntos. Recordo-me que era um magistrado querido pelos advogados. Em 1993, na inauguração do bar na Casa do Advogado, subiu ao palco para cantar “Feelings” de Morris Albert e empolgou os presentes. Passou a ser convidado especial das realizações no local. Na época, eu era vice-presidente da 33ª. Subsecção da OAB/SP (Jundiaí).

Cláudio Levada era extremamente inteligente, culto e apreciava muito Filosofia. Tinha um jeito especial de ser. Participava ativamente da comunidade. Era apaixonado pelo Paulista F.C e pelo Clube Jundiaense, exercendo cargos nessas entidades, nas quais tinha inúmeros amigos. Com seu jeito simples e brincalhão, conquistava simpatizantes e sabia muito bem distinguir sua posição profissional de sua atuação nos setores sociais. Passou a participar na TV Japi de um programa semanal com Douglas Mondo, o qual era assíduo e gostava muito de fazê-lo. Assumiu a coordenação da Faculdade de Direito do Centro Universitário Padre Anchieta em 2018, tendo como assistente o prof. Elvis Brassaroto Aleixo, realizando os dois um trabalho elogiado por todos os professores. E poderíamos enumerar outras diversas atividades que exerceu, em termos gerais, de modo esmerado e dedicado.

Cláudio era Desembargador integrante do Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, formado em Direito pela Faculdade do Largo de São Francisco da USP, na qual fez mestrado e doutorado em Direito Civil. Escreveu muitos trabalhos jurídicos de grande relevância, como o livro “Liquidação de Danos Morais”, pela Ed. Coppola, tema de difícil enfrentamento, no qual demonstrou toda sua capacidade sobre a questão da chamada reparação da “dor da alma”.

A sua morte precoce no dia 06 de setembro de 2021 pegou todo mundo de surpresa e deixou uma marca de tristeza e saudade. Um magistrado competente, um professor iluminado, querido e respeitado, uma pessoa do bem que adorava a família e orgulhava-se de seus seis filhos. Embora nos últimos tempos, por diversas circunstâncias, já não mantínhamos um contato mais próximo, nossa amizade sempre foi sólida, a ponto de trocarmos mensagens diárias pelo *Whatsap* até, praticamente, os últimos dias. Além de prestigiar minhas publicações, conversávamos bastante no grupo da Academia Jundiaiense de Letras Jurídicas, da qual fomos dois dos seis sócios-fundadores em 2000.

Foi inclusive o prefaciador de meu último livro “Direitos Humanos. Resumo de Aulas e Crônicas Jurídicas” pela Editora In

House, no qual, entre outros parágrafos, assim se expressou:

Conheço o advogado, jornalista, escritor e professor da Faculdade de Direito do Centro Universitário Padre Anchieta João Carlos José Martinelli há mais de três décadas, tendo a honra e o prestígio da amizade pessoal com ele e seu núcleo familiar, sua mulher Ivone e seus quatro adoráveis filhos, que com ele formam um modelo exemplar de convivência humana e de elevada espiritualidade. Professor universitário há 34 anos, querido e sempre homenageado pelos alunos, advogado e jurista respeitado, Dr. Martinelli nos brinda com mais uma obra a enriquecer seu invejável currículo, desta feita na análise minuciosa dos Direitos Humanos, área na qual conquistou o prêmio de “Destaque” outorgado pela Sociedade Brasileira de Educação e Integração e objeto de seu notável interesse não só em sala de aula, mas em inúmeros simpósios, seminários e palestras, pontificando sempre o respeito aos direitos fundamentais previstos não só constitucionalmente mas também àqueles inerentes e intrínsecos ao ser humano.

Um registro inesquecível para mim, revelando-se num estímulo para continuar em minhas jornadas. Assim, presto uma singela reverência ao Cláudio Levada, um grande jurista, um ser humano maravilhoso e que estará sempre presente nas vidas daqueles que tiveram a satisfação de conviver ou de conhecê-lo, com sua alegria contagiante, humildade e imensa cultura.



Foto 1: Os professores Cláudio Antônio Soares Levada (à direita) e João Carlos José Martinelli (à esquerda) no encerramento da Semana Jurídica da Faculdade de Direito do Centro Universitário Padre Anchieta de Jundiaí no ano de 2018

Fonte: autoria da Profa. Juliana Gennarini e obtida a partir dos arquivos do autor.

**CLAUDIO ANTONIO SOARES
LEVADA, O JUIZ**

Nestor Duarte¹

Muito se busca o paradigma de Juiz e, pode-se dizer, com tranquilidade, que CLÁUDIO ANTÔNIO SOARES LEVADA foi paradigmático, no sentido de servir de exemplo.

Ingressou na magistratura bandeirante no ano de 1983, pouco tempo depois de se ter graduado na Faculdade de Direito da USP, a velha e sempre nova Academia do Largo São Francisco, em 1980. Percorreu, então, as comarcas de Jacupiranga, Jales, Campinas, Barueri e tornou a fixar domicílio em Jundiaí, onde julgou e a que serviu com denodo nos mais diversos aspectos da vida social, inclusive participando, ativamente, de agremiação esportiva de futebol. Em Jundiaí, também notabilizou-se como Professor Universitário, dedicando-se ao ensino e às funções administrativas na Uni Anchieta. Ainda, aliando o magistério à magistratura, lecionou na EPD, na FAAP de Ribeirão Preto e em cursos de especialização da PUC de São Paulo, além de abrilhantar a Escola Paulista da Magistratura (EPM).

Com relevantes serviços prestados ao Poder Judiciário na região, foi também

Coordenador da 5ª Circunscrição Judiciária (Jundiaí).

Encerrando sua atuação no primeiro grau no ano de 1997, ascendeu a Juiz Substituto de Segundo Grau, permanecendo até 2005 naquela função, sendo promovido a Desembargador no mesmo ano. Aqui, impõe-se destacar sua marcante contribuição no extinto 2º Tribunal de Alçada Civil e no Tribunal de Justiça, predominantemente na 34ª Câmara de Direito Privado, em que permaneceu até seu último dia. A competência dos órgãos fracionários que integrou exigiu dele julgamento de causas de relevância social, por se inserir no cotidiano das pessoas, entre as quais as ações locatícias, de dívidas condominiais, responsabilidade civil extracontratual e, sobretudo, as de Direito do Consumidor. Impecável foi sua atuação.

Não se furtando a colaborar nas altas questões jurídicas e administrativas que o Tribunal tinha de enfrentar, elegeu-se membro do Órgão Especial, com expressiva votação. Nele tinha assento quando da eclosão da epidemia do coronavírus, impondo às Câmaras, e sobretudo ao Órgão Especial, a difícil tarefa de administrar a Justiça, especialmente nos embates entre a necessidade de conter a propagação da doença e a premência de impedir o caos nas

¹ Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de São Paulo. Professor Titular da

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP).

atividades econômicas. Sagrou-se o DESEMBARGADOR SOARES LEVADA, com decisões sábias e prudentes.

Colaborador destacado da Fundação Carlos Chagas, além de em outros concursos públicos; participou de bancas de ingresso na Magistratura dos Estados do Rio Grande do Norte (2003), Amapá (2008 e 2014), Goiás (2009, 2012, 2014 e 2021), Mato Grosso do Sul (2010 e 2020), Pernambuco (2011, 2013 e 2014), Ceará (2014), Roraima (2015), Santa Catarina (2014 e 2016), Alagoas (2015 e 2020) e Piauí (2015). Deste modo, muito contribuiu para o recrutamento de magistrados pelo mérito.

Jurista erudito, deixou dois livros que enriquecem a bibliografia nacional: “Liquidação de Danos Morais” (1995) e “O abuso do direito no novo Código Civil” (2007).

Incansável estudioso, obteve os Títulos de Mestre, pela Universidade de São Paulo (1993) e de Doutor, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2005).

Se cultura e saber não lhe faltavam, esmerou-se na magistratura com as qualidades que adornam o Juiz. Provam-no os seus julgamentos, emoldurados pelo manejo preciso do vernáculo, que sempre exigiu de si e de seus colaboradores.

A arte de julgar não pode passar ao largo do que dispõe o artigo 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro². Nisso, foi exímio CLÁUDIO ANTÔNIO SOARES LEVADA, além de ser afável com todos, alegre e divertido, espalhando, por onde passava, esses atributos, sem comprometer a austeridade da toga.

RUI BARBOSA, na célere ORAÇÃO AOS MOÇOS, cujo centenário se deu em 29.3.2021, ofereceu a seguinte lição aos formandos que fossem se dedicar à magistratura:

“É à magistratura que vos ides votar?”

Elegeis, então, a mais eminente das profissões, a que um homem se pode entregar neste mundo. Essa elevação me impressiona seriamente; de modo que não sei se a comoção me não atalhará o juízo, ou tolherá o discurso. Mas não se dirá que, em boa vontade, fiquei aquém dos meus deveres. Serão, talvez, meras vulgaridades, tão singelas, quão sabidas, mas onde o senso comum, a moral e o direito, associando-se experiência, lhe nobilitam os ditames. Vulgaridades, que qualquer outro orador se avantajaria em esmaltar de melhor linguagem, mas que, na ocasião, a mim tocam, e no meu ensado vernáculo hão de ser ditas. Baste, porém, que se digam com isenção, com firmeza, com lealdade; e assim hão de ser ditas, hoje, desta nobre tribuna. Moços, se vos ides

² Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

medir com o direito e o crime na cadeira de juízes, começai esquadrinhando as exigências aparentemente menos altas dos vossos cargos, e proponde-vos caprichar nelas com dobrado rigor; porque, para sermos fiéis no muito, o devemos ser no pouco. “Qui fidelis est in minimo, et in majori fidelis est; et qui in modico iniquus est, et in majori iniquus est.”³ Ponho exemplo, senhores. Nada se leva em menos conta, na judicatura, a uma boa fé de ofício que o vezo de tardança nos despachos e sentenças. Os códigos se cansam de balde em o punir. Mas a geral habitualidade e a convivência geral o entretêm, inocentam e universalizam. Destarte se incrementa e desmanda ele em proporções incalculáveis, chegando as causas a contar a idade por lustros, ou décadas, em vez de anos. Mas justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito escrito das partes, e, assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade. Os juízes tardinheiros são culpados, que a lassidão comum vai tolerando. Mas sua culpa tresdobra com a terrível agravante de que o lesado não tem meio de reagir contra o delinquente poderoso, em cujas mãos jaz a sorte do litígio pendente. Não sejais, pois, desses magistrados, nas mãos de quem os autos penam como as almas do purgatório, ou arrastam sonos esquecidos como as preguiças do mato. Não vos pareçais com esses outros juízes, que, com tabuleta de escrupulosos, imaginam em risco a sua boa fama, se não evitarem o contato dos pleiteantes, recebendo-os com má sombra, em lugar de os ouvir

a todos com desprevenção, doçura e serenidade. Não imiteis os que, em se lhes oferecendo o mais leve pretexto, a si mesmos põem suspeições rebuscadas, para esquivar responsabilidades, que seria do seu dever arrostar sem quebra de ânimo ou de confiança no prestígio dos seus cargos. Não sigais os que argumentam com o grave das acusações, para se armarem de suspeita e execração contra os acusados; como se, pelo contrário, quanto mais odiosa a acusação, não houvesse o juiz de se precaver mais contra os acusadores, e menos perder de vista a presunção de inocência, comum a todos os réus, enquanto não liquidada a prova e reconhecido o delito. Não acompanheis os que, no pretório, ou no júri, se convertem de julgadores em verdugos, torturando o réu com severidades inoportunas, descabidas, ou indecentes; como se todos os acusados não tivessem direito à proteção dos seus juízes, e a lei processual, em todo o mundo civilizado, não houvesse por sagrado o homem, sobre quem recai acusação ainda inverificada. Não estejais com os que agravam o rigor das leis, para se acreditar com o nome de austeros e ilibados. Porque não há nada menos nobre e aplausível que agenciar uma reputação malignamente obtida em prejuízo da verdadeira inteligência dos textos legais. Não julgueis por considerações de pessoas, ou pelas do valor das quantias litigadas, negando as somas, que se pleiteiam, em razão da sua grandeza, ou escolhendo, entre as partes na lide, segundo a situação social delas, seu poderio, opulência e conspiciência. Porque quanto mais armados

³ Lucas, XVI, 10 “Quem é fiel nas coisas mínimas também o é nas maiores; e quem é injusto nas coisas médias também o é nas maiores.”

estão de tais armas os poderosos, mais inclinados é de receiar que sejam à extorsão contra os menos ajudados da fortuna; e, por outro lado, quanto maiores são os valores demandados e maior, portanto, a lesão arguida, mais grave iniquidade será negar a reparação, que se demanda. Não vos mistureis com os togados, que contraíram a doença de achar sempre razão ao Estado, ao Governo, à Fazenda; por onde os condecora o povo com o título de “fazendeiros”. Essa presunção de terem, de ordinário, razão contra o resto do mundo, nenhuma lei a reconhece à Fazenda, ao Governo, ou ao Estado. Antes, se admissível fosse aí qualquer presunção, havia de ser em sentido contrário; pois essas entidades são as mais irresponsáveis, as que mais abundam em meios de corromper, as que exercem as perseguições administrativas, políticas e policiais, as que, demitindo funcionários indemissíveis, rasgando contratos solenes, consumando lesões de toda a ordem (por não serem os perpetradores de tais atentados os que os pagam), acumulam, continuamente, sobre o Tesouro público terríveis responsabilidades. No Brasil, durante o Império, os liberais tinham por artigo do seu programa cercear os privilégios, já espantosos, da Fazenda Nacional. Pasmoso é que eles, sob a República, se cem-dobrem ainda, conculcando-se, até, a Constituição, em pontos de alto melindre, para assegurar ao Fisco esta situação monstruosa, e que ainda haja quem, sobre todas essas conquistas, lhe queira granjear a de um lugar de predileções e vantagens na consciência judiciária, no foro íntimo de cada magistrado. Magistrados futuros, não vos deixeis contagiar de contágio tão maligno. Não negueis jamais ao

Erário, à Administração, à União os seus direitos. São tão invioláveis, como quaisquer outros. Mas o direito dos mais miseráveis dos homens, o direito do mendigo, do escravo, do criminoso, não é menos sagrado, perante a justiça, que o do mais alto dos poderes. Antes, com os mais miseráveis é que a justiça deve ser mais atenta, e redobrar de escrúpulo; porque são os mais mal defendidos, os que suscitam menos interesse, e os contra cujo direito conspiram a inferioridade na condição com a mímica nos recursos. Preservai, juízes de amanhã, preservai vossas almas juvenis desses baixos e abomináveis sofismas. A ninguém importa mais do que à magistratura fugir do medo, esquivar humilhações, e não conhecer cobardia. Todo o bom magistrado tem muito de heroico em si mesmo, na pureza imaculada e na plácida rigidez, que a nada se dobre, e de nada se tema, senão da outra justiça, assente, cá embaixo, na consciência das nações, e culminante, lá em cima, no juízo divino. Não tergiverseis com as vossas responsabilidades, por mais atribulações que vos imponham, e mais perigos a que vos exponham. Nem receeis soberanias da terra: nem a do povo, nem a do poder. O povo é uma torrente, que rara vez se não deixa conter pelas ações magnânimas. A intrepidez do juiz, como a bravura do soldado, os arrebatam e fascinam. Os governos investem contra a justiça, provocam e desrespeitam a tribunais; mas, por mais que lhes espumem contra as sentenças, quando justas, não terão, por muito tempo, a cabeça erguida em ameaça ou desobediência diante dos magistrados, que os enfrentem com dignidade e firmeza”.

Essa referência a uma das mais, se não a mais, brilhante peça da oratória brasileira é, hoje, uma homenagem a CLÁUDIO ANTÔNIO SOARES LEVADA, que a esses conselhos seguiu sem tergiversar. Disto dão conta seus julgamentos e sua disponibilidade de atender e servir, bastando um perfunctório exame do ANUÁRIO DA JUSTIÇA DE SÃO PAULO, que recolhe o entendimento de cada Desembargador e nele se verá como julgava:

2019: ENTENDIMENTO JURÍDICO: ADMINISTRADORES DE GRUPO DE WHATSAPP RESPONDEM POR OFENSAS ENTRE MEMBROS? Administradores de grupos de WhatsApp também respondem por ofensas feitas por membros do canal de comunicação se não agirem para impedi-las ou coibi-las. O criador do grupo não tem função de moderador, mas é designado administrador por ter o poder de adicionar ou retirar qualquer pessoa daquela canal digital. O administrador do grupo é corresponsável pelo acontecido, pois ele colabora com injúrias caso se omita (Apelação 1004604-31.2016.8.26.0291).

SUPERMERCADO DEVE INDENIZAR CLIENTES SEGUIDO POR SEGURANÇAS NO ESTABELECIMENTO? Mesmo em casos onde não há menções raciais por parte dos seguranças, seguir o cliente sem justificativa legítima humilha, vexe e causa sentimento de impotência, abalando psicologicamente quem se vê constrangido a essa situação. De

modo algum trata-se de mero aborrecimento ou dissabor ser tratado como suspeito por sua aparência, cor ou modo de trajar. Essas situações nada tem de natural, assustam, constroem e tem que ser punidas. Um estabelecimento pode, sim, vigiar seu interior, mas nunca destrutando e partindo da premissa de que seus consumidores são suspeitos (Apelação 1018572-02.2017.8.26.0451).

2018 ENTENDIMENTO JURÍDICO: ADVOGADO GERA DANO MORAL AO ESCREVER EM PETIÇÃO QUE A OUTRA PARTE TEM AMOR REPRIMIDO E QUE DEVERIA TRABALHAR? Aquilo que foi dito na peça em resposta ao pedido de revisão de alimentos reflete, em princípio, a visão que o próprio demandado tem a respeito dos fatos, e não a opinião particular do seu patrono. Além disso, dizer que a autora não se conforma com o casamento de seu “ex” com outra pessoa ou que não compreende a demora em conseguir emprego em nada extrapola a atividade da advocacia, tratando-se de meras opiniões externadas em juízo, nem país em que é livre a manifestação de ideias, desde que inofensivas a terceiros (Apelação 1047813-96.2016.8.26.0114).

CONDÔMINO TEM LEGITIMIDADE PARA EXIGIR INDIVIDUALMENTE QUE SÍNDICO PRESTE CONTAS? O síndico deve apresentar as contas à assembleia, não a cada condômino, pois reconhecer o contrário fugiria ao bom senso e permitiria multiplicação absurda de processos, no mais das vezes por questões de ordem pessoal. Se o apelante considera que alguma conta não teve apreciação assemblear, requeira

regularmente uma assembleia-geral extraordinária. O que não pode é subsistir-se à soberania da assembleia em nome individual (Apelação 1000506-95.2014.8.26.0477).”

As referências ao bom senso, a repulsa a questiúnculas de ordem pessoal, a vedação a ofensas gratuitas, a sensibilidade quanto às ofensas com dano moral, sem distinção quanto à origem ou classe social, demonstra que o DESEMBARGADOR SOARES LEVADA vestiu o figurino idealizado por RUI BARBOSA. A firmeza em suas decisões também reflete o alerta de CALAMANDREI, na sua conhecida obra “ELES, OS JUÍZES, VISTOS POR NÓS, OS ADVOGADOS”: “O bom juiz põe o mesmo escrúpulo no julgamento de todas as causas, por mais humildes que sejam. É que sabe que não há grandes e pequenas causas, visto a injustiça não ser como aqueles venenos a respeito dos quais certa medicina afirma que, tomadas em grandes doses, matam, mas tomadas em doses pequenas, curam. A injustiça envenena, mesmo em doses homeopáticas”.

Essas longas citações servem não só para demonstrar quanto a elas se amoldou CLÁUDIO ANTÔNIO SOARES LEVADA, mas, também, para que seu exemplo seja sempre lembrado e seguido.

CLÁUDIO LEVADA FORA DO ESPECTRO DO DIREITO

Tatiana Maria Marchi Levada¹

Cláudio Levada é como um daqueles eventos históricos difíceis de entender para aqueles que não viveram. É difícil de explicar com palavras todos os feitos e atitudes realizados e alcançados em 63 anos. E é difícil também de escrever sobre, porque esta homenagem também é uma forma de aceitar que você não está mais aqui, pai.

Desde meu 5º dia de vida, o Cláudio Levada passou a ser meu pai. E desde então, passei a ter a visão dele sob uma ótica rara, afinal, ele é muito conhecido nas óticas sociais e profissionais. Mas só percebemos que estas óticas são distintas depois de um certo tempo.

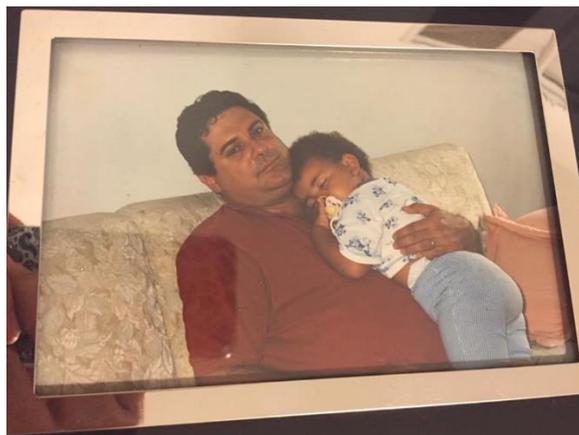


Foto 1: Cláudio Levada e sua filha Tatiane Levada.

Fonte: acervo da autora.

Certa vez, quando eu estudava aqui no Anchieta, o dia dos pais foi celebrado com o tema futebol e todos os pais deveriam ir à escola com roupa de time. Na minha classe, nos organizamos para que cada pai tivesse uma posição no jogo de futebol, alguns foram os atacantes, outro pai, o goleiro, o técnico e teve o juiz, que sim, foi meu pai. Mas não foi pelo motivo de faltar posições para o time, mas, sim, pelo motivo de eu achar que o juiz que meu pai era, era o juiz de futebol.

Houve outra ocasião em que ouvi que eu não teria nenhum tipo de problema financeiro por ser filha de juiz. E também as ocasiões nas quais, depois de identificada como “a filha do Levada”, passei a ter tratamento diferenciado.

¹ Tatiane M. Machi Levada é filha do Prof. Claudio Levada. É cientista de alimentos formada pela ESALQ-USP. Durante a graduação, foi contemplada com bolsa PIBIC 2015/2016 para iniciação científica com pesquisa de frutas nativas, realizou intercâmbio

BRAFAGRI 2017, na *École Nationale Vétérinaire, Agroalimentaire et de l'Alimentation Nantes-Atlantique*. Atuou como controle e garantia de qualidade na Norac Foods e atualmente trabalha na área de pesquisa e desenvolvimento da BRF.

Estas ocasiões me ajudaram a enxergar meu pai sob as demais óticas das quais ele poderia ser enxergado, além da de pai, afinal, pensava que todos os pais eram como meu pai e que esta ótica era comum a todas as pessoas que o conheciam. Mas não era. Era comum para apenas outras 5 pessoas no mundo todo. Portanto, descrevo neste artigo uma forma de mostrar o Cláudio Levada fora da ótica que vocês conhecem.



Foto 2: Cláudio Levada e sua filha Tatiane Levada.

Fonte: acervo da autora.

Metódico, carinhoso, supersticioso, exigente, atencioso, péssimo em trocadilhos são algumas características que me permitem começar a tentar explicar o que foi o papai Cláudio...

A caipirinha deveria ter precisamente 17 gotas de adoçante; ele sabia no paladar se fosse alguma gota a mais ou a menos. Ele apelidava os seus netos de uma forma que apenas ele os chamava:

“Marinho”, “Romeuzinho”, “Catinha”, “Vãncãn” e “Tonhão”; o desempenho na escola deveria ser bom, poderia não ser excelente, mas deveríamos entregar o nosso máximo, mesmo que não fosse o suficiente algumas vezes; os presentes eram comuns, mesmo que simples, como uma bolacha ou algum outro item da dispensa, pois: “Leva pra você, filhotinha! O papai compra outro depois!” era a forma de mostrar que se preocupava com o nosso bem-estar; os erros gramaticais eram imperdoáveis e nenhum passava despercebido; as correções imediatas fizeram com que alcançássemos fluência na gramática portuguesa antes mesmo de sermos alfabetizados...

Como pai, sempre nos fez sentir seguros. Seja garantindo que eu não precisava ficar chateada porque ele estava indo trabalhar, pois voltaria para casa depois do trabalho e que “o papai precisava trabalhar pra poder comprar miojo!” – que aparentemente era algo que eu gostava muito de comer quando era pequena, tão pequena que não sabia que miojo era muito barato e que ele não precisaria sair por horas pra trabalhar pra juntar essa quantia financeira - ; seja me mostrando o endereço das delegacias de Piracicaba, no caso de desconforto com algum trote universitário; seja permitindo que realizasse o meu maior sonho da vida, o de morar na França; seja me dando conselhos profissionais.



Foto 3: Cláudio Levada e sua filha Tatiane Levada.

Fonte: acervo da autora.

Ele sempre me chamava de filhotinha e para os amigos e até mesmo alunos, eu era a Tatinha. O que explica a estranheza de muitos ao me ver pessoalmente e descobrir que tenho 1m73... Seus amigos - e ele mesmo - diziam que eu era a filha que tinha o jeito mais parecido com o dele. Era isso que explicava tamanha ligação que tínhamos, mesmo que não fosse genética. Ele sempre me falava que tudo sempre ficaria bem e também me falava que sempre estaria comigo. Ele sempre fez o máximo que podia pra se fazer presente na vida dos filhos, o que é comum entre muitos pais, mas bem mais difícil quando se tem seis filhos, com uma diferença de idade de até 31 anos, com raio de distância que já chegou a 8.107 e 9.048Km, simultaneamente. Embora muitas circunstâncias fossem diferentes, ele sempre nos fez sentir únicos. Únicos como pessoas no mundo e únicos como unidade de filhos. “Meus seis filhos”, era sempre a

exigência de todas as ocasiões que tirávamos fotos e a mesma, que sempre disse ser o seu último desejo.

O meu pai amava vinhos. Amava ouvir música alta na caixa de som que tinha em casa. A *playlist* estava presente em mais de 60 *pendrives*, adquiridos na feira que, estranhamente, continham o mesmo estilo musical, que sequer o *Spotify* pode catalogar: “Aquelas músicas do papai”. Ele usava *pendrives* porque não entendia muito de tecnologia. Os textões que vocês liam no *Facebook*, eram todos digitados pelo celular. E em todas as suas postagens, ele fazia previsões de *likes* e contava cada um que chegava. E por ser muito bom de previsões, ele amava que as coisas acontecessem conforme o planejado. E por conta disso, no restaurante, ele odiava quando a comida demorava pra chegar, lugar onde jamais se sentava de costas pra porta.

Ele teve uma origem simples, que fez com que ele crescesse sem nenhuma frescura. Que fez com que ele tivesse muita garra. Que fez com que ele fizesse de tudo para proporcionar um conforto para seus filhos, esposas e irmãos. Que fez com que ele tivesse uma índole muito boa, que o fez ser tão bom profissionalmente, afinal “Honestidade não é virtude de quem não tem outra. Isso é uma obrigação!”. Curiosamente, ele também perdeu o pai

com 25 anos, exatamente a minha idade. Essa coincidência foi uma das coisas que me fizeram pensar que eu conseguiria viver sem a presença física do meu pai, de alguma forma. Isso também me fez ver quão grandioso meu pai foi, afinal, eu não estou dando conta nem de mim mesma, imaginem só ele sendo responsável pela família inteira! - Como que faz pra conseguir, pai? - Por conta dessa perda, ele acabou nos preparando desde sempre pra sua partida. Deixou conosco todos os aprendizados - mesmo que separados entre todos os irmãos - que precisaríamos para seguir nossas vidas.

E assim faremos, pois, em todas as suas previsões, “tudo sempre vai ficar bem” e “o papai sempre vai estar com vocês”.

Eu e meu pai seguimos caminhos profissionais totalmente diferentes. Ele nas Arcadas da São Francisco e eu no Prédio Central da Luiz de Queiroz. Ele no Direito e eu em Ciências dos Alimentos. Explico isso pois escrevi o texto falando dos diferentes espectros que poderíamos observar do meu pai e imagino que, para os estudantes de Direito, seja um pouco menos literal a expressão de enxergar por espectros. Para nós cientistas, os espectros são medidas de comprimento de onda de incidência e absorção, que mudam de acordo com o meio, o ambiente, as incidências e os conteúdos das soluções. O

meu pai tinha vários espectros. Este artigo foi para mostrar-lhes um pouquinho do comprimento de onda familiar. Entendo que este conceito não seja muito usual pra vocês, mas o contrário também acontecia - e muito. Essa troca de expressões científicas e processuais que eu tinha com meu pai, me fez ser uma cientista com uma tatuagem escrita “Inexpugnável”.

Inexpugnável foi o adjetivo que ele usou para me acalmar da primeira crise de pânico que tive, achando que iria perdê-lo. Esse adjetivo esteve presente em todas as nossas conversas desde então e, agora que o perdi, escrevi com suas letras um lembrete de que “está tudo bem, filhotinha. O papai é inexpugnável e vai estar sempre com você!”.

Ele era meu pai, meu amigo e às vezes se comportava como se fosse meu filho... Além dessas três figuras, perdi meu conselheiro, meu *sommelier*, meu apoiador e uma das minhas maiores inspirações de toda a minha vida. Foi uma perda muito significativa para todos, mas, para nós da família, foi algo inenarrável, assim como ele era. Espero que esta homenagem possa ajudar a manter viva a lenda Cláudio Levada e dar a você, pai, orgulho das palavras, memórias e sentimentos que aqui retratei.

Gostaria de agradecer à equipe da revista pelo convite, em especial ao Paulo

Roberto Cunha, pela oportunidade de fazer parte desta homenagem. Agradeço a todos os colaboradores do Centro Universitário Padre Anchieta e a todos os demais que prestaram homenagens ao meu pai.

Com carinho e muita saudade,

Tatiane Levada.



Foto 4: Cláudio Levada e sua filha Tatiane Levada.

Fonte: acervo da autora.

AO MEU GRANDE MESTRE DA ESCOLA DA VIDA

Liliana Maria Marchi Levada¹

Desde o dia em que o meu pai se foi, eu não consegui me pronunciar sobre isso. Para meus queridos amigos que me escreveram, todos com muito zelo e afeto, eu respondi com um econômico, porém extremamente sincero, muito obrigada. Eu também nada consegui escrever em redes sociais e, para ser sincera, nem para mim mesma. Como assimilar a perda de quem sempre me foi tão caro e precioso, a perda de quem me deu a vida e me ensinou a vivê-la com palavras e, sobretudo com exemplos e de quem eu tanto admirei como um verdadeiro herói?

Recebi o generoso e honroso convite desta respeitada revista e desde já peço desculpas aos editores por entregar o texto tão em cima da hora. Eu realmente tentei escrevê-lo muito antes e por diversas vezes, mas é simplesmente muito difícil admitir que este seja um texto de homenagem póstuma para alguém que sempre foi sinônimo de muita vida para mim.

¹ Liliana Levada é filha do Prof. Claudio Levada. Mãe do Mário, do Romeu e do Vicente. Coursou magistério nas Escolas Padre Anchieta, Direito no Centro Universitário Padre Anchieta, cursou até o terceiro ano do curso de Pedagogia do mesmo Centro Universitário Padre Anchieta e se formou em Pernambuco onde morou, na

Entretanto, como não escrever para a revista do Centro Universitário Padre Anchieta? Escola esta que me formou, que me educou, a qual eu devo bons e gratos momentos da minha vida, entre eles e certamente o mais marcante, o de ser aluna de meu pai. Eu me lembro de levantar as mãos para fazer alguma pergunta e dele abrir aquele sorriso tão único e tão doce ao responder: “Qual é a dúvida, filhinha?”. Eu me lembro também de estudar dobrado para as provas de direito civil. E como o ofício de professor o fazia pleno e feliz. Ele sempre teve um extremo respeito e afeto por seus alunos e colegas e pela instituição na qual lecionava. E sempre houve reciprocidade. Eu me recordo da aventura que era passear com o meu pai. Demorávamos horas para concluirmos as nossas atividades, pois, por onde íamos, éramos parados por alunos que vinham cumprimentá-lo e ele ficava extremamente feliz. Nos apresentava e sabia o nome e a história de cada um e, depois que o sujeito se afastava, ele concluía com a frase: “Esse é boa gente”.

Faz algum tempo que eu moro no Canadá. O meu pai viria para cá para

Faculdade Jaboatão dos Guararapes. Foi avaliada comparativamente aos estudos do Quebec como bacharel no setor da educação e atualmente trabalha como educadora na província do Quebec, no Canadá.

fazermos a chamada pesca branca, que consiste em armar uma barraca no meio de um rio congelado e com um material especial fazer um buraco no gelo e pescar. Já estava tudo planejado e seria divertido. Ele remarcou a viagem duas vezes por conta da pandemia e o Beppe (como ele dizia) desejou que fosse diferente.

Quando eu soube de todo o ocorrido, me apressei para chegar o quanto antes para o velório, mas novamente o Beppe mudou os planos e o meu voo foi cancelado, eu cheguei no dia seguinte apenas. “A ave de Minerva alça voo ao entardecer” (Hegel), me lembrei desta frase e nos despedimos no crepúsculo da janela do avião. Eu estava no céu e estávamos mais próximos, tinha que ser assim.

Porém, ao chegar, eu consegui ver as muitas demonstrações de carinho para com o meu pai. Tantas lindas flores com dizeres de agradecimento e afeto, muito apreciados por mim e pela família, que aproveito aqui para deixar o nosso mais sincero agradecimento.

Ignorávamos a distância física. Ela nada significava para nós. O amor desconhece a distância, ele dizia. Isso é uma verdade. Eu só consigo amá-lo cada vez mais, pouco importa o plano físico ou a distância. Mas a sua presença era sempre uma festa. Ele sabia o verdadeiro valor dos momentos e os degustava como um

precioso vinho. “Life is very short to be small” (a vida é muito curta para ser pequena) e era assim que ele brindava e vivia a vida. Tem uma passagem em que ele veio nos visitar e fomos a um restaurante. Cada um queria comer algo diferente e estava uma confusão para pedirmos a comida e eis que ele resolve a questão. Pediu um prato muito peculiar, era um prato que misturava polvo com carne de veado e alguma ave que não me recordo qual era. Ninguém seria capaz de se opor a um prato desses e tivemos um excelente e democrático jantar. Como os netos e filhos curtiam este excepcional e incrível pai e avô. Quanta sabedoria e exemplo ele conseguiu passar em tão pouco tempo e como eu o enxergo em cada um deles.

Pensando bem, o meu pai nos dizia que sempre estaria conosco, e concluo que está, e sempre estará. Ele achou pouco ser inexpugnável e resolveu também se tornar onipresente, como ponderou o meu irmão Fabinho. Seja no gosto pela leitura do seu neto Marinho, pelo amor a poesia do seu neto Romeu, pela capacidade de argumentação de seu neto Vicente, pelo gosto pela pesca do seu neto Antonio, pela alegria de sua neta Catarina, pelo cantar do Nicolinha, pela energia do Igor, pela garra da Tatinha, pela contemplação do Fabinho, pela filosofia do Fi, pela admiração e carinho de seus genros e noras e pelo

imenso amor pela vida que aprendi com ele. Ele também está na alma de minha avó e de meus tios e primos, está na memória de seus colegas de trabalho, alunos, inumeráveis amigos e no coração da minha mãe Ani, que foi sua amiga e parceira desde a adolescência, se casou e que continuou uma bela amizade por todos os anos e com a Lu, com quem se casou e compartilhou bons e lindos momentos e enriqueceu ainda mais a nossa família.

Concluo, contradizendo o primeiro parágrafo que dizia este ser um texto póstumo. Na verdade, este é um texto para o meu pai, que vive e habita em mim e por todos os lugares em que ele passou e deixou a sua marca, pois esta alegria vive e pulsa em cada um de nós. Fique em paz, meu pai, na certeza de que viveu à sua maneira “my way” (sua música) e de que deixou muito amor por onde passou.

**O DIREITO NA PÓS-
MODERNIDADE: O DIREITO
LÍQUIDO E A OPERAÇÃO LAVA-
JATO**

Júnio Marques¹

Thaís Battibugli²

RESUMO: O presente artigo visa a suscitar uma discussão sobre o pensamento do Sociólogo polonês, Zygmunt Bauman, em sua obra *Modernidade Líquida* e sua correlação com os eventos ocorridos durante a instauração da Operação Lava-Jato no Brasil. O Direito Líquido teria semelhanças com as atuais circunstâncias histórico-sociais, que estão sobre o impacto da modernidade líquida. Essa modernidade líquida, que tudo derrete para que possa fluir com velocidade, está influenciando de modo significativo a aplicação da norma nos processos, seja ele civil ou penal, e nos julgados efetivados pelos magistrados. A Operação Lava-Jato fez uso imoderado dos holofotes oferecidos pela imprensa brasileira, ofertou caminho perigoso de rapidez e eficiência aos processos penais, que fizeram com que a força tarefa violasse garantias fundamentais do indivíduo.

PALAVRAS-CHAVE: Pós-Modernidade. Modernidade Líquida. Lava-Jato. Direito Líquido. Direitos Fundamentais.

INTRODUÇÃO

Este artigo visa a lançar um olhar sobre o Direito na Pós-modernidade, à luz

do pensamento de Zygmunt Bauman, sobre a pós-modernidade, audacioso analista de temas contemporâneos, deixou vasto legado de sua originalidade ao desenvolver reflexão sobre a Modernidade Líquida.

O raciocínio essencial de Bauman parte de olhar sobre a Modernidade iniciada no século 16, com o estabelecimento de conceitos e instituições sólidas e definidas, nas quais a sociedade e o pensamento ocidental se fundamentaram de modo concreto, mas que nos tempos hodiernos da pós-Modernidade, na perspectiva de Bauman, o período é de transição e de mudança, em que os conceitos, instituições e relações sociais tornaram-se líquidas, de modo anamórfico, se moldam às necessidades e às vontades dos que as manipulam.

Em suma, o principal significado da ideia de pós-modernidade é que ela é algo diferente da modernidade. Ele indica, portanto, que a modernidade já não é a nossa forma de vida, que a Era Moderna está encerrada, que ingressamos hoje em outra forma de viver (BAUMAN, 2010).

Essa concepção de solidez também está presente no contexto do Direito e em seus desdobramentos. Nos dizeres de Cylmar Pitelli Teixeira Fortes (2018):

¹ Bacharel do Centro Universitário Padre Anchieta - UniAnchieta

² Doutora Ciência Política/USP. Professora do Centro Universitário Padre Anchieta (UniAnchieta). Contato: tbattibugli@yahoo.com

Numa sociedade democrática, os conflitos são submetidos ao órgão julgador competente, e por ele dirimidos. Ao conjunto uniforme e constante de decisões, dá-se o nome de jurisprudência, que se espera estável e sólida, respeitadas as correntes diversas de pensamento, amalgamadas por construções doutrinárias firmes e exegese científica, portanto, sem prejuízo à integridade do sistema.

Nos últimos anos, vimos quase cotidianamente as inúmeras ações e desdobramentos da Operação Lava Jato que inundaram os jornais sejam eles eletrônicos, impressos ou televisionados, com ações quase circenses, às vezes em tempo real, acompanhando prisões, documentos “vazados”, entrevistas coletivas, gravações oriundas de inúmeras fontes, sentenças condenatórias, delações premiadas e dinheiro de propinas. Tamanha massificação midiática revelou que parte das regras do Direito brasileiro foram colocadas em xeque. Este é o direito líquido, moldado pela comoção social e pelo interesse político, como se o Direito se servisse por primeiro ao interesse único e exclusivamente da individualidade exacerbada do sujeito, sem vistas ao estabelecimento da justiça em sentido amplo.

Dessa forma, o objetivo é fazer reflexão sobre a modernidade líquida que nos é apresentada por Bauman e sua correlação com a aplicação do direito no

Brasil frente a mais famosa operação de combate a corrupção de todos os tempos, a Operação Lava-Jato, que devido ao seu *modus operandi* tem muito em comum com a sociedade líquida identificada por Bauman.

Analisar a sociedade líquida é abordar seus significados e sua carga simbólica; não se pretende aqui, em poucas páginas, esgotar toda a riqueza do pensamento baumaniano, mas, apenas abrir novo campo reflexivo.

Modernidade líquida, a pós-modernidade para Zygmunt Bauman

A teoria defendida por Bauman analisa as mudanças nas estruturas sociais e racionais na sociedade ocidental no mundo de hoje.

O conceito de modernidade líquida, demonstra que a sociedade atual segue a lógica do mercado e dos processos de informatização e faz derreter todas as grandes estruturas, instituições até então controladoras, norteadoras, modeladoras da vida na sociedade moderna sólida, que se encontra em crise, geradora de profundas mudanças na vida do homem pós-moderno.

Há dois movimentos na sociedade: um pautado na solidez de um tempo que está passando, adjetivado de imutável, fixo e atemporal e, outro, pautado em uma sociedade líquida, fugaz, mutável,

temporária, conveniente, geradora de crise, tanto de sentido para a vida individual, como nas relações sociais e nas instituições públicas e privadas.

O Direito não está imune a esta tendência, uma vez que ele nasce da sociedade, é expressão desta. Entretanto, se a sociedade é líquida e fugaz, o Direito o será também, ao menos em parte, não em sua normatização, mas na aplicação e compreensão fenomenológica, hermenêutica.

Deste modo, esta sociedade tem seus valores e paradigmas que se apresentam no devir, no vir a ser, de fato estão sempre no estado de potência e nunca no ser definido ou estático, ou seja, o ser é a mudança:

O que todas essas características dos fluidos mostram, e linguagem simples, é que os fluidos, diferentemente dos sólidos, não mantêm sua forma com facilidade. Os fluidos, por assim dizer, não fixam o espaço nem prendem o tempo. Enquanto os sólidos têm dimensões espaciais claras, mas neutralizam o impacto e, portanto, diminuem a significação do tempo (resistem efetivamente ao seu fluxo ou o tornam irrelevante), os fluidos não se atêm muito a qualquer forma e estão constantemente prontos (e propensos) a mudá-la; assim, para eles, o que conta é o tempo, mais do que o espaço que lhes toca ocupar; espaço que, afinal, preenchem apenas 'por um momento (BAUMAN, 2001, p. 8).

A sociedade da modernidade sólida era regida por valores intensos, bem definidos e enraizados, que não modificáveis com facilidade. A sociedade era vista como previsível e segura. O direito, como força normativa de princípios jurídicos sólidos e estáveis, resistentes ao tempo, passou a ter paradigmas oriundos da modernidade que está em crise nos últimos tempos.

Leciona o professor polonês que, de fato, não se está em nova era histórica, mas a atual é *sui generis*, ou seja, é moderna à modo próprio, “a sociedade que entrou no século XXI não é menos moderna do que a do século XX; o máximo que se pode dizer é que ela é moderna de um modo diferente” (BAUMAN, 2001, p. 36).

O uso do adjetivo líquido e seus sinônimos refletem nos dizeres do autor a ideia de efemeridade, transitoriedade, algo rápido e volúvel:

A passagem da fase “sólida” da modernidade para a “líquida” - ou seja, para uma condição em que as organizações sociais (estruturas que limitam as escolhas individuais, instituições que asseguram a repetição de rotinas, padrões de comportamento aceitável) não podem mais manter sua forma por muito tempo (nem se espera que o façam), pois se decompõem e se dissolvem mais rápido que o tempo que leva para moldá-las e, uma vez reorganizadas, para que se

estabeleçam (BAUMAN, 2007, p. 7)

Esse derretimento dos sólidos, vem acompanhado por busca incansável por bens de consumo, sentimento de insegurança, devido à mutação constante das coisas, sentimento de inadequação e abandono. Nesse contexto, o indivíduo é o único responsável pela sua felicidade. O Estado está ausente, enquanto instituição que ampara e norteia a vida social.

O derretimento das estruturas sólidas da modernidade está relacionado ao fato de que agora tudo que persiste ao tempo é tido como inadequado, não necessário, ultrapassado. O tempo, fundamental para a compreensão da própria existência, deve fluir, assim como as estruturas da sociedade:

Os fluidos, por assim dizer, não fixam o espaço nem prendem o tempo. Enquanto os sólidos têm dimensões espaciais claras, mas neutralizam o impacto e, portanto, diminuem a significação do tempo (resistem efetivamente a seu fluxo ou o tornam irrelevante), os fluidos não se atêm muito a qualquer forma e estão constantemente prontos (e propensos) a mudá-la; assim, para eles, o que conta é o tempo, mais do que o espaço que lhes toca ocupar; espaço que, afinal, preenchem apenas “por um momento”. Em certo sentido, os sólidos suprimem o tempo; para os líquidos, ao contrário, o tempo é o que importa (BAUMAN, 2001, p. 8).

Ter tempo para o momento seguinte; o passado é deixado, o ser humano se lança na angústia do futuro, mas, para isso, é preciso derreter as instâncias, instituições que atrapalham o fluir da sociedade.

Seria preciso superar quatro marcos, para a passagem da modernidade sólida para modernidade líquida: 1) realizar a separação entre o poder e a política como forma de governar o Estado, para o processo de supervalorização do indivíduo e do capital, agora nas mãos de grandes multinacionais; 2) enfraquecer do conceito de comunidade; 3) destruir o planejamento a longo prazo, com a queda das instituições direcionadoras; 4) responsabilizar o indivíduo pelo sucesso ou fracasso da vida pessoal (BAUMAN, 2007, p. 6-10)

O poder agora está em mundo virtual, a um clique, pois a sociedade em rede não possui locais fixos para sua organização e imposição de vontade, assim como o dinheiro, pois o mercado é virtual.

O Poder pode se mover com a velocidade do sinal eletrônico – e assim o tempo requerido para o movimento de seus ingredientes essenciais se reduz a instantaneidade (BAUMAN, 2001, p. 19).

O poder é extraterritorial, sem limites, não mais sujeito ao tempo ou ao espaço, de modo que os detentores do poder estão livres da necessidade de proximidade

para fazer cumprir suas ordens, mas, ao contrário, estão inacessíveis longe dos subordinados (BAUMAN, 2001, p. 19).

Assim, as coisas fluem sem se fixarem e sem impedimentos morais ou normativos, o derretimento dos sólidos possibilitou que esta sociedade líquida se emancipasse da modernidade pretérita.

Se o “espírito” era “moderno” ele o era na medida em que estava em que determinado que a realidade deveria ser emancipada da “mão morta” de sua própria história e isso só poderia ser feito derretendo os sólidos (BAUMAN, 2001, p. 9).

Esse movimento se dá com a profanação da tradição, dos costumes, do passado e tudo que se remete a ele, a fim de dar fluidez e rapidez a todas as coisas que constituem a sociedade atual. Derreter os sólidos requer operar livremente com a racionalidade, libertando-a das amarras da sociedade moderna sólida, alicerçada nos conceitos e instituições que determinaram e controlavam os padrões rígidos de comportamento e pensamento do homem moderno.

É parte da modernidade sólida, a constituição do Estado, que se firma com estruturas culturais e normativas:

A realidade estatal, como o Direito, é uma síntese, ou integração do “ser” e do “dever ser”; é fato e é norma, pois é o fato integrado na norma exigida pelo valor a realizar (MALUF, 2019, p. 25).

Nesse sentido, o Estado, assim como o Direito, se torna o grande paradigma da modernidade sólida, que imprime seu caráter nos comportamentos e na cultura. Viver em sociedade pressupõe seguir normas estabelecidas em consenso, ainda que advenham ulteriormente ao Direito, mas a este foram incorporadas a partir de uma sociedade que decidiu unir vontades para se constituir como nação:

É uma realidade cultural constituída historicamente em virtude da própria natureza social do homem, que encontra a sua integração no ordenamento jurídico. Por essa concepção tridimensional do Estado e do Direito, afasta-se o erro do formalismo técnico-jurídico e se compreende o verdadeiro valor da lei e da função de governo (MALUF, 2019, p. 29).

O direito líquido nos processos da Operação Lava-Jato

A sociedade líquida entende ser as relações e instituições objetos de consumo para satisfação e realização pessoal, e isso não exclui o Direito, na perspectiva de regulador normatizador das relações sociais, de pessoas e bens. Nesta esteira, a mídia desenvolve papel fundamental e estrutural para o estabelecimento da compreensão do direito líquido, como aquele que garante de modo real a

realização do desejo ou que possibilite a sua realização dentro da lógica consumista e imediatista.

Há de fato uma verdadeira institucionalização dos fins para justificar os meios, como fundamentos na manipulação do Direito e das instituições do Estado, para se conseguir a satisfação do frenesi do querer pessoal quase instantâneo.

Ao noticiar com tanto apreço as diversas fases da Operação Lava jato, com todos seus inúmeros desdobramentos, como uma corrida para “passar o Brasil a limpo” tão veloz que deixou a justiça tradicional com o estereótipo de lenta, ineficaz, proporcionadora de injustiça ou, ao menos, favorecedora de criminosos, com seus diversos recursos, como revelou a discussão sobre a prisão em segunda instância. Ignorou-se o estado de direito, no qual a regra é a liberdade e a prisão, uma exceção. Os institutos da ampla defesa e do devido processo legal, aos olhos da mídia, são empecilhos à realização deste direito líquido, que favorece e realiza o imediatismo da modernidade líquida.

A operação Lava-Jato, uma das maiores e mais importantes operações de toda história, tanto da Polícia Federal como do judiciário brasileiro, elevou as investigações no Brasil a um nível *hollywoodiano*. Um juiz, de primeira instância, conseguiu acuar as principais

figuras políticas do país, homens poderosos, até então eram intocáveis.

Paulo Moreira Leite (2016, p. 9) lançou olhar crítico sobre as atuações do então juiz federal, Sérgio Moro, nas palavras do autor: “*mais do que uma judicialização da política, assiste-se uma espetacularização da Justiça...*”

Esse foi o principal viés usado pela Lava-Jato para obter apoio popular e midiático, ser um espetáculo, uma novela, que quase diariamente apresentava novos casos. Criava falsa percepção da justiça “sendo feita”, que de fato o Brasil estava mudando, explorava o senso comum da população ávida por justiça: mas que tipo de justiça seria essa? A menos republicana possível.

Os membros da Operação Lava-Jato, souberam explorar bem os sentimentos do povo brasileiro, pois sabiam que miravam um governo popular e defendido por mais da metade dos brasileiros, precisavam suscitar uma indignação coletiva, uma histeria total, à meia boca, no início, agentes do ministério público, da Polícia Federal e da própria reserva de magistrados evoluíram para acusações peremptórias, mas não menos precipitadas, e de sotaque definitivamente partidário, contra o governo (LEITE, 2016, p. 10).

Ora, foi justamente esse método que atíçou os inconformados com os resultados das urnas a serem defensores uníssonos da operação, que já em uma perspectiva que só

o tempo oferece, vê-se que, na verdade, foi uma sucessão de erros contra princípios constitucionais e garantias fundamentais ao estado democrático de direito, ao devido processo legal, a presunção de inocência e a prisão após sentença definitiva em transitado e julgado, dentre outras.

Sérgio Moro, juiz responsável pelos julgamentos dos investigados pela Lava-Jato, foi em 2014, personalidade do ano pela revista *Isto É*. Foi escolhido um dos 100 homens mais influentes do mundo, pela revista *Time*, em 2016 (FORBES, 2016)

Ao longo de 2015, o juiz foi glorificado pelos manifestantes que foram às ruas, em faixas, que mostravam indignação contra a corrupção, que pediam impeachment da presidente Dilma, a prisão de Luiz Inácio Lula da Silva e, pela primeira vez desde 1964, uma intervenção militar (LEITE, 2016, p. 14).

Os efeitos da visibilidade midiática da operação foram claros: manifestantes queriam “justiça” aos modos da era medieval, com desejo de vingança travestido de justiça, vestidos de verde e amarelo, clamavam por um processo em que os réus fossem sumariamente julgados.

No Brasil de 2015, o juiz federal Sérgio Moro, da 13ª vara criminal de Curitiba, é a autoridade que autorizava prender e soltar, castigar e punir, vigiar e perseguir. Controla o poder do Estado em seu grau máximo... Além de manter o Executivo em alerta e frequente paralisia, a Lava-Jato enquadrava as

lideranças principais do Legislativo, onde Eduardo Cunha e Renan Calheiros não passam de fantoches à mercê das investigações da Polícia Federal, das acusações do Ministério Público – e do aval de Sérgio Moro (LEITE, 2016, p. 13).

Esse estado de atenção contínua se estendeu, estranhamente, até o resultado das eleições gerais em 2018 e teve seu fim com a entrada do chefe da operação para ser Ministro da Justiça no Governo Bolsonaro. Esse fato por si só já é o suficiente para levantar a suspeição deste juiz, que no histórico dos fatos transcorridos durante esses anos da operação causam estranheza nos que se dedicam ao estudo do Direito. Essa situação de pressão visava a legitimar o indevido processo legal:

Ou seja, a espetacularização, a encenação midiática em busca de aprovação de métodos destoantes das bases fundantes do Estado Democrático de Direito. Em uma palavra, a prática do *lawfare* que não condiz com a plena democracia (SILVA; BATTIBUGLI, 2019, p. 20).

Houve uso imoderado de veiculação das operações deflagradas pela Lava-Jato, foi recurso muito utilizado pelos membros do Ministério Público Federal, nas transmissões ao vivo das prisões efetuadas pela Polícia Federal:

Isso não ocorre por acaso. Conduzida com inegável competência técnica, sem deslizes formais, a atuação da 13ª Vara

Criminal do Paraná desafia os direitos humanos, as garantias fundamentais e demais regras que definem o Estado de Democrático de Direito (LEITE, 2016, p. 25).

Dessa forma, o processo não é apenas instrumento da jurisdição, é garantia constitucional imprescindível, da qual dispõe o cidadão em face do Estado (SILVA, BATTIBUGLI, 2019, p. 20).

Há claro rompimento com o Direito realizado pela Lava-Jato, que desobedecendo ritos formais, deslizou, ou melhor **fluiu** no decorrer da operação, não obedeceu às garantias estabelecidas em lei.

O Código de Processo Penal é antes de tudo uma garantia de que o Estado não se tornará um Estado Policial Higienista, com rugas contra o réu. O processo fluiu e tornou a celeridade a marca de seus julgados, é o direito líquido processual.

Pode-se mesmo denominá-lo de processo penal *fast food*, como o que ocorreu em Goiás, em audiência de custódia, os suspeitos saíram já com condenação por tráfico privilegiado:

A hipervelocidade processual, em um primeiro momento, pode até encantar um incauto, com o discurso sedutor de combate à impunidade, economia processual, economia aos cofres públicos e, ainda, vantagens ao condenado; porém (...) o pequeno detalhe esquecido nesta história é o princípio da legalidade. A partir de uma simples leitura do artigo 8º, § 1º, da Resolução 213/2015 do

Conselho Nacional de Justiça — que disciplina as audiências de custódia a partir de decisão sede de controle abstrato de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, — verifica-se os limites dos pedidos que podem ser apresentados pelo Ministério Público e pela defesa, em que não consta a possibilidade de qualquer uma das partes postular pelo julgamento do caso. Ora, se o magistrado não pode atuar de ofício, não existe permissivo legal para a atuação judicial nos moldes do noticiado pelo tribunal goiano. Aliás, a resistência na efetivação das audiências de custódia em todo o país e, pior, na própria obediência ao disciplinamento elaborado pelo CNJ, demonstra a corrosão do respeito às fórmulas legais (STRECK; NEWTON; ROCHA, 2019).

Vê-se quão danosa foi a conduta do magistrado goiano, as garantias processuais violadas, o que no olhar leigo da mídia social persecutória de espetáculos parece um avanço e um ganho para a sociedade. É claro exemplo das características destes tempos líquidos e estranhos, no qual a rapidez e fluidez está presente em tudo. A fluidez é a principal metáfora para a sociedade atual, segundo Bauman (2001, p. 5)

Moro falava fora dos autos, violava o sistema acusatório e era tolerado por seus resultados, segundo a procuradora Monique Cheker, em conversa publicada pelo The Intercept (GREENWALD; MARTINS; DEMORI; POUGY, 2019). Essa postura nociva ao devido processo legal demonstra

que ao desrespeitar o processo acusatório, Sérgio Moro estava derretendo a solidez do processo penal, típico do atual contexto moderno.

Moreira Leite (2016, p. 133) segue na mesma toada ao dizer:

Numa afirmação que chama atenção, Moro reconhece que a punição de agentes públicos é sempre difícil, pela carga de prova exigida para alcançar a condenação em processo criminal.

Ora, dentro do contexto midiático, as pessoas públicas perdem seu caráter de autoridade, passam a ser mais uma dentre outros, se tornam fragilizadas. Bauman (2001, p. 34) leciona sobre tal aspecto:

No espetáculo colorido das celebridades da telinha e das manchetes, os homens e mulheres de Estado não ocupam uma posição privilegiada. Não importa muito qual a razão da “notoriedade” que, segundo Boorstin, faz com que uma celebridade seja uma celebridade. Um lugar sob os refletores é um modo de ser por si mesmo, que estrelas do cinema, jogadores de futebol e ministros de governo compartilham em igual medida.

Esse contexto sociopolítico, que impregnou a Operação Lava- Jato, foi um fator estrutural e estruturante para a efetivação e compreensão de um Direito Líquido de um Estado não comprometido com os direitos e garantias fundamentais:

Diante disso, é surpreendente a manifestação do Min. Humberto Gomes de Barros, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), citado por Moraes (2013, p. 11-30): Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. [...] Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolde a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém (SILVA, BATTIBUGLI, 2019, p. 21).

A Operação Lava-Jato se tornou um problema a ser enfrentado pelo judiciário brasileiro, pois acabou por deturpar a compreensão de direito, Estado, justiça e liberdade. A Lava-Jato ajudou a consolidar ainda mais, no imaginário popular brasileiro, que justiça é prender e punir, que a prisão é o único meio de satisfazer o crime cometido.

O Direito possui bases sólidas em sua estrutura fundacional, que por necessidade devem ser rígidas e não flexíveis, de modo que exigem, dos operadores do Direito, um rigor técnico-científico igual ao de qualquer ciência, deve obedecer ao crivo da lei posta e de todo arcabouço doutrinário e exegético, constituído no tempo e na sociedade.

É justamente neste aspecto que a Lava-Jato, no seu desejo de justiça a qualquer preço, cometeu falhas e violações em suas investigações e processos,

principalmente na aplicação das delações premiadas como única forma de obtenção de provas.

Exemplo de que essas delações tinham como fundamento forçar o réu a delatar seus pares:

A delação premiada de Dalton Avancini, presidente da Camargo Corrêa, mudou seu destino. Originalmente seria condenado a quinze anos e dez meses de prisão, cumprindo parte da pena em regime fechado. Com a delação, passou para um ano em prisão domiciliar, quando será obrigado a usar tornozeleira eletrônica. Depois desse período, entra no regime semiaberto, no qual é obrigado a dormir em casa e cumprir cinco horas semanais de serviços comunitários. Mais tarde, cessa a obrigação de dormir em casa. Avancini foi condenado a pagar R\$ 1,2 milhão de multa criminal e R\$ 2,5 milhões como multa cível (LEITE, 2016, p. 50).

Coloquemo-nos no lugar de Avancini, esse acordo foi como “ganhar na loteria”, reduziu em mais de 90% a própria pena, obteve vantagem. Imagine-se o impacto psicológico em homens como esses, altos executivos, irem parar uma cela em Curitiba, sendo vigiados, não aguentariam por muito tempo sem fazer delações.

Esse efeito torturante de abuso nas prisões preventivas, que tinham como objetivo fazê-los delatar seus pares fere, o princípio da Dignidade Humana, mesmo que travestido de prisão necessária, com a desculpa que se estivessem soltos

colocariam em risco o curso das investigações.

A decretação da prisão preventiva possui requisitos claros para ser aplicada, conforme reza os requisitos código de processo penal (CPP): a) a materialidade e indício de autoria do crime; b) perigo na liberdade do agente (um dos fundamentos trazidos na parte final no artigo 312 do CPP); c) cabimento de hipóteses descritas no artigo 313 do CPP (METZKER, 2019)

Fato curioso é que todos os presos da Lava-Jato tiveram seu pedido de habeas corpus negado pelo TRF 4, que deixava ainda a decisão para o STJ e STF, mas, no contexto de clamor popular e indignação que estava envolvida a população, ficava difícil se levantar contra a Lava-Jato.

Conforme dados divulgados em julho, dos 186 recursos levados ao Tribunal Regional da 4ª Região, apenas cinco favoreceram os réus. No Superior Tribunal de Justiça, foram 144 a 138. No Supremo, o placar foi de sete contra cinco (LEITE, 2016, p. 48).

Moreira Leite (2016, p. 176) faz uma análise impactante sobre o cenário sob o domínio da Operação Lava-Jato:

No Brasil de 2015, o habeas corpus não foi legalmente suspenso, mas entrou em desuso na Operação Lava-Jato, processo onde se resolve – longe da decisão do eleitor – uma fatia importante de nosso futuro. Dezenas de empresários e executivos foram

conduzidos à prisão, em novembro de 2014, onde ficam trancafiados enquanto não se dispõem a abrir a boca para colaborar com as investigações.

O Direito Líquido está justamente nesse emaranhado de decisões apelativas ao sentimento popular que corrompe a norma vigente, que possui elucubrações e malabarismos, jurisprudências repletas de frases de efeito.

A democracia é uma condição *sine qua non* para que o Estado Democrático de Direito se concretize, assim como o princípio da dignidade da pessoa humana, deve ser compreendido dentro deste contexto.

A justiça só é possível ser obtida dentro das condições democráticas que constituem o Estado, pois, do contrário, será produtora de violações das garantias fundamentais, onde teremos um Estado Policial que vigia e pune e não produtor de dignidade e felicidade de seus cidadãos. Assim, temos que o processo é garantia contra o absolutismo jurídico, pois no processo, que é um diálogo que se dá com paridade de armas entre acusação e defesa, com juiz equidistante as partes, que julgue imparcialmente a lide, tudo isso calcado pela cientificidade do Direito.

A modernidade líquida, ao instrumentalizar as decisões do judiciário,

faz com que este se torne uma fábrica de injustiças.

O então juiz da Operação Lava-Jato, Sérgio Moro, chegou a afirmar que o problema é o processo penal que permite recurso e impede a condenação dos acusados, em artigo de jornal intitulado “O problema é o processo” (SILVA, BATTIBUGLI, 2019, p. 37). O trecho a seguir dá a dimensão do que seria a praxe de espetacularização de inúmeros processos da “república” de Curitiba:

A melhor solução é a de atribuir à sentença condenatória, para crimes graves em concreto, como grandes desvios de dinheiro público, uma eficácia imediata, independente do cabimento de recursos. A proposição não viola a presunção de inocência (MORO, 2015; apud SILVA, BATTIBUGLI, 2019, p. 37).

Na busca de moldar o Direito às circunstâncias sociais, que se encontra a sociedade mergulhada na liquefação das coisas, com o derretimento de sólidos. O direito líquido passa a ser veículo para que o Estado atenda às necessidades individuais e não mais a expressão da coletividade.

Rompimento com o devido processo legal

Essa operação, a fim de obter resultados, solapou o devido processo legal:

Ressalte-se que a crítica à Operação Lava Jato ou à República de Curitiba funda-se se eminentemente a partir da ótica do processo. Como já foi exposto, não há qualquer causa nobre como combater a corrupção, por exemplo, que justifique a desfiguração do processo como garantia numa sociedade que vive na era pós-moderna. Não há espaço para se conduzir uma operação dessa envergadura, mobilizando agentes de várias instituições (Judiciário, Ministério Público Federal, Polícia Federal, Receita Federal) sob a batuta de métodos medievais, inquisitivos e punitivistas, sem a observância da Constituição da república (SILVA, BATTIBUGLI, 2019, p.40-41)

O derretimento da solidez do Processo Penal demonstra claramente uma tendência da modernidade líquida, como leciona Bauman (2001, p. 64),

Romper os velhos vínculos local/comunal, declarar guerra aos modos habituais e às leis costumeiras, quebrar e pulverizar *les pouvoirs intermédiaires* — o resultado disso tudo foi o delírio intoxicante do “novo começo”. “Derreter os sólidos” era sentido como derreter minério de ferro para moldar barras de aço. Realidades derretidas e agora fluidas pareciam prontas para serem recanalizadas e derramadas em novos moldes, onde ganhariam uma forma que nunca teriam adquirido se tivessem sido deixadas correndo nos próprios cursos que tinham

Os ataques feitos aos poderes constituídos foram alvos de críticas públicas dos membros da Lava-Jato, que teceram opiniões contrárias aos ditos privilégios que, na verdade, são garantias constitucionais para que os membros do Parlamento Brasileiro sejam porta vozes das pessoas que os elegeram.

Portanto, ficou nitidamente claro que, com o modus operandi da República de Curitiba, tinha-se em mente apenas o enfraquecimento das salvaguardas institucionais da democracia brasileira para a imposição de uma visão messiânica e, ao mesmo tempo punitivista, para combater a corrupção através de um processo político, midiático, espetacularizado sem precedentes desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 (SILVA, BATTIBUGLI, 2019, p.)

Uma operação, com juiz parcial e com membros do Ministério Público que tinham claras preferências político-partidárias, revelou que o grupo tinha, como um de seus objetivos, interferir nas eleições presidenciais:

Em reportagem no Estado de S. Paulo, Julia Duailibi revela que delegados encarregados da investigação da Operação Lava-Jato utilizaram -se de redes sociais para fazer campanha a favor de Aécio Neves e ofender o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva e a presidente Dilma Rousseff.

A reportagem mostra uma mobilização política-policial com poucos antecedentes históricos. Descreve delegados engajados partidariamente para combater e desmoralizar personagens centrais de uma investigação em curso, sob seus cuidados.

Um dos coordenadores da Lava-Jato referiu-se a Lula como “essa anta”. Um outro participa de um grupo no Facebook cujo símbolo é uma caricatura de Dilma com dois incisivos vampirescos, com uma faixa escrita “fora PT” (LEITE, 2016, p. 113).

Deve-se notar que o artigo 364, do Regimento Disciplinar da Polícia Federal, proíbe que seu quadro de funcionários tenha uma postura crítica e depreciativa em relação a autoridades.

Art 364. São transgressões disciplinares:

I - referir-se de modo depreciativo às autoridades e atos da Administração pública, qualquer que seja o meio empregado para esse fim.

II - divulgar, através da imprensa escrita, falada ou televisionada, fatos ocorridos na repartição, propiciar-lhe a divulgação, bem como referir-se desrespeitosa e depreciativamente às autoridades e atos da Administração;

III - promover manifestação contra atos da Administração ou movimentos de apreço ou despreço a quaisquer autoridades.

Esse comportamento não poderia ter sido entendido como liberdade de expressão, é antes de tudo um ato político, dado o significado e a importância que tem

a Polícia Federal no cenário e no imaginário popular brasileiro.

CONCLUSÃO

A busca pela justiça tem sido o ideal da vida de todos os operadores do Direito, que se propõem a travar essa luta diariamente nas centenas de varas de direito, sejam elas, cíveis, penais, eleitorais, trabalhistas ou militares. Isso porque não há coisa ou circunstância que esteja afastada de análise jurídica, quando existe uma disputa entre dois cidadãos, estará ali, a postos, o Direito, para que ambos sejam por ele agasalhados.

Essa seria a nossa perspectiva, em condições ideais de uma sociedade democrática, mas o tempo presente é desafiador e exige do operador do Direito mais do que conhecimento normativo.

O momento presente é o de olhar atento às profundas mudanças ocorridas no seio da sociedade, com esperança, pois o Direito tem uma gama de possibilidades de se reinventar, de se ressignificar e se tornar algo sempre novo e atual, para continuar garantindo a paz, ordem e justiça.

Caso o Direito não seja capaz de se opor às mudanças sociais, impostas pela Modernidade Líquida, algo muito grave poderá se estabelecer, pois dado ao mar de inseguranças em que está mergulhada a

sociedade atual, valores consagrados na construção desta mesma sociedade podem perder seu caráter fundacional e nos arrastar para novo período de arbitrariedades.

Vimos que a Operação Lava Jato cometeu sérios abusos em seu decorrer, que de fato os tribunais superiores do Brasil têm a difícil tarefa de restabelecer o Direito, na sua forma mais republicana possível. A Lava-Jato não foi infalível, de fato, teve claro viés político aliado ao combate à corrupção. No combate a corrupção não é permitido o vale tudo, as regras do Processo Penal são garantias e não um simples “passar a mão na cabeça de criminosos”, mas são, antes de tudo, evidências claras de uma sociedade comprometida com a justiça e o direito.

O Professor Bauman, de fato, nos deu uma chave hermenêutica para que compreendamos claramente o momento presente, a modernidade líquida e sua compulsão pelo imediatismo, pela sociedade-espetáculo, sem apego às estruturas e valores ético-sociais.

BIBLIOGRAFIA

BAUMAN, Zygmunt. **Legisladores e Intérpretes**. Sobre Modernidade, Pós-modernidade e Intelectuais. Rio de Janeiro: Zahar.1999.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida** Rio de Janeiro: Zahar, 2001

BAUMAN, Zygmunt. **Tempos líquidos**. Rio de Janeiro: Zahar, 2007

BAUMAN, Zygmunt. **O Mal-Estar da Pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

FORTES, Cylmar Pitelli Teixeira. **O direito líquido**: legalidade e jurisprudência em nosso tempo. Disponível em: <https://fortes.adv.br/2018/11/30/o-direito-liquido-legalidade-e-jurisprudencia-em-nosso-tempo/>. Acesso em 10 de dez. 2018.

GREENWALD, Glenn; MARTINS, Rafael Moro; DEMORI, Leandro; POUGY, Victor. As mensagens secretas da Lava-Jato. Parte 8. **The Intercept**. 29 de jun. 2019. Disponível em: <https://theintercept.com/2019/06/29/chats-violacoes-moro-credibilidade-bolsonaro/>. Acesso em 20 de ago. 2020.

MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado** – 35. ed. – São Paulo: Saraiva, 2019.

FORBES. Sérgio Moro é uma das 100 pessoas mais influentes do mundo, diz “Time”. 21 de abr. 2016. Disponível em: <https://forbes.com.br/fotos/2016/04/sergio-moro-e-uma-das-100-pessoas-mais-influentes-do-mundo-diz-time/>. Acesso em 01 de jun. 2021.

LEITE, Paulo Moreira. **A outra História da Lava-Jato**: Uma Investigação necessária que se transformou numa operação contra a democracia. Geração, 2016.

METZKER, David. Descubra quais são os requisitos para decretar prisão preventiva. **Migalhas**. 2 de out. 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/312142/descubra-quais-sao-os-requisitos-para-decretar-a-prisao-preventiva>. Acesso em 01 de ago. 2020.

NUNES, Rizzatto. **Manual de Introdução Ao Estudo Do Direito**. São Paulo. Saraiva, 2017.

SILVA, Celso de Oliveira; BATTIBUGLI, Thaís. Direito e história: o processo como garantia na pós-modernidade. **Revista de Ciências Sociais e Jurídicas**. V. 1, n. 2, 2019. Disponível em: <https://revistas.anchieta.br/index.php/revistadecienciasociaisjuridica/article/view/1547> Acesso em 10 jul. 2020.

STRECK, Lenio Luiz; NEWTON, Eduardo Januário; ROCHA, Jorge Bheron. A volta do processo penal *fast food* e da condenação 4.0. **Conjur**, 5 de ago. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-05/opinioao-volta-processo-penal-fast-food-condenacao-40>. Acesso de 20 ago. 2020.

**O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
E A SUPERAÇÃO DO *JUDICIAL
SELF-RESTRAINT* NA JURISDIÇÃO
CONSTITUCIONAL**

*Jorge Alberto A. de Araújo*¹

*Walter José Celeste de Oliveira*²

INTRODUÇÃO

Embora não se tenha como aferir diretamente a influência que a Suprema Corte dos Estados Unidos teve nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal brasileiro, uma célebre tese do direito norte-americano foi incorporada em nossa tradição jurídica e pautou pronunciamentos judiciais por muitos anos. Trata-se do *judicial self-restraint*, a autocontenção judicial, máxima da *common law*, que ganhou força nos Estados Unidos como filosofia da correta atuação dos juízes. Isso é perceptível até hoje, já Oliver Wendell Holmes Jr., que defendeu o *self-restraint* em *The Path of the Law* (em 1897), é lembrado e citado em praticamente todas as sabatinas para o preenchimento de vagas na Suprema Corte dos Estados Unidos. E os

questionamentos que levam à menção a Holmes geralmente abordam, justamente, a visão que o candidato a uma vaga, no mais alto Tribunal do país, tem de sua missão, enquanto juiz, quando confrontado com a possibilidade de *interferir* nos demais ramos do governo. A aprovação no Senado americano é notoriamente complicada para um juízo percebido como “ativista”.

Esse debate em torno da *judicial review*, ou da competência do Judiciário de dar a “última palavra” em questões constitucionais, é bem intenso no direito norte-americano. No Brasil, por outro lado, a função do Supremo Tribunal Federal de “guardião” e “intérprete” da Constituição raramente foi questionada - até alguns anos atrás - quando determinado comportamento da Corte passou a ser criticado com mais veemência pela comunidade jurídica e por integrantes dos poderes Legislativo e Executivo. Isso porque tanto nos EUA quanto no Brasil, as duas Cortes experimentaram - em diferentes épocas - uma “explosão” nos casos de potencial intervenção no governo, e o *self-*

¹ Doutorando em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade São Paulo. Mestre pela mesma instituição (2015). Especialização em Direito Penal Econômico e Europeu pela Universidade de Coimbra (2010). Juiz Federal desde 2009 e Professor de Direito Público da Universidade Federal do Maranhão desde 2016.

² Doutorando em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo. Mestre pela mesma

instituição (2013). Professor de Filosofia do Direito e Direito Constitucional em diversas faculdades privadas em São Paulo. Assistente do professor Juliano Maranhão na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

restraint foi posto à prova em diversas oportunidades.

Nas últimas duas décadas, especialmente a partir de 2007, vários pronunciamentos do STF representaram um progressivo afastamento do *self-restraint*, primeiro de forma discreta e semiconsciente, depois por meio de manifestações expressas de rejeição de uma visão “passiva” da atuação judicial. Até mesmo o dogma desenvolvido pelo próprio STF de que “não é dado ao julgador atuar como legislador positivo” - um corolário da doutrina de *self-restraint* e geralmente usado no Brasil com a intenção de dar o mesmo significado - foi superado em casos pontuais.

O ápice desse progressivo afastamento se deu no julgamento da ADPF 132, em 2011, ocasião em que não só o *judicial self-restraint* foi *expressamente* rejeitado, como a Corte superou, ainda, entendimentos consolidados que regiam sua atuação, contidos em decisões no controle concentrado, particularmente, de que o texto *originário* da Constituição não poderia ser objeto de controle de “constitucionalidade”. O embate, ali, era entre o STF, enquanto poder “constituído”, e o poder *constituente* originário, que claramente agiu mal, mas que, agindo mal, legislou *claramente*.

Buscando superar uma evidente injustiça social, que perdurava desde 1988, a Corte por unanimidade derrotou norma constitucional originária. Embora não tenha sido a primeira vez que o STF decidiu assim, a ADPF 132 foi o caso mais marcante e mais famoso, em particular, pelos debates durante o julgamento, em que até mesmo os anais da Assembleia Nacional Constituinte de 1987-88 foram pesquisados, na tentativa de identificar a “intenção do legislador” ao redigir a norma atacada.

A análise dessa progressiva superação de uma postura judicial antiga e que sempre foi vista como quase “sinônimo” de correta postura de um julgador, e o exame dos argumentos utilizados, que tentaram transformar em “interpretação” o que foi, em verdade, a *derrota* de uma regra, nos fornece preciosos elementos para reflexão sobre o papel do Judiciário na modernidade, quando direitos humanos - e principalmente os direitos de minorias - precisam ser preservados, mas onde a tradição jurídica não fornece as ferramentas para que determinadas regras claras, mas claramente injustas, sejam superadas.

1. Judicial self-restraint

No debate jurídico brasileiro atual, há muito pouca precisão acadêmica

no que se entende por “ativismo judicial”, de um lado, e *judicial self-restraint*, ou autocontenção judicial, de outro, e normalmente essa confusão terminológica é acentuada pelo fato de os críticos do ativismo utilizarem uma ou outra noção de *self-restraint* como contra-argumento normativo às decisões judiciais que criticam. Para tornar o debate ainda menos racional, as críticas ao ativismo costumam se acentuar quando decisões de grande relevância — e, por isso, necessariamente *polêmicas* — são proferidas, mas, por outro lado, o clamor por pronunciamentos judiciais mais efetivos aumenta em situações onde a inércia legislativa faz com que determinados direitos, amplamente percebidos como fundamentais e intrínsecos à dignidade humana, acabem tendo sua efetividade mitigada.

A falta de precisão terminológica, contudo, não é exclusiva da produção jurídica nacional. Richard Posner, um dos célebres juízes norte-americanos, recentemente aposentado e crítico do *self-*

restraint como “postura judicial ideal”, chegou a catalogar cinco acepções tradicionalmente utilizadas sob esta mesma denominação.³ Mais recentemente, ele reduziu a categorização para três compreensões principais dessa doutrina: (i) juízes aplicam a lei, não a criam, concepção identificada com o formalismo novecentista e de pouca aplicação atual; (ii) relutância em invalidar leis por fundamentos constitucionais; (iii) juízes prestam deferência, até determinado ponto, a decisões e interpretações de outros ramos de governo, o que Posner chama de “modéstia judicial”.⁴ Ele e outros autores norte-americanos se concentram muito ora na invalidação de leis com base em princípios constitucionais como uma forma de ativismo judicial,⁵ ora na influência do alinhamento ideológico dos *Justices* na tomada de decisões.⁶

Mas isso não parece refletir exatamente o que se compreende do debate entre ativismo e autocontenção no Brasil. O “ativismo” é mais do que somente invalidar

³“(1) A self-restrained, judge does not allow his own views of policy to influence his decisions. (2) He is cautious, circumspect, hesitant about intruding those views. (3) He is mindful of the practical political constraints on the exercise of judicial power. (4) His decisions are influenced by a concern lest promiscuous judicial creation of rights result in so swamping the courts in litigation that they cannot function effectively. (5) He wants to reduce the power of his court system relative to that of other branches of government” (POSNER, Richard A. The Meaning of Judicial Self-Restraint. *Indiana Law Journal*, v. 59, n. 1, p. 1–24, 1983).

⁴ POSNER, Richard A. *Reflections on Judging*. Cambridge: Harvard University Press, 2013, p. 150.

⁵ POSNER, Richard A. The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint. *California Law Review*, v. 100, n. 3, p. 519–556, 2012.

⁶ EPSTEIN, Lee; LANDES, William M. Was There Ever Such a Thing as Judicial Self-Restraint? *California Law Review*, n. 100, 2012, pp. 557-577. Em outro estudo estatístico se verificou que, em casos de ações afirmativas, os juízes democratas votaram a favor dos autores das ações em 74% dos casos, enquanto os republicanos o fazem em apenas 48% das ações (IRONS, Peter. *The Steps to the Supreme Court*. Hoboken: Wiley, 2012, pp. 11-12).

leis com base na interpretação judicial de princípios constitucionais, e parece incluir não apenas essa atuação jurisdicional *negativa*, mas decisões de caráter *positivo*, percebidas como uma *inovação* no mundo jurídico. Andrei Marmor percebeu essa tendência judicial e argumenta que decisões nesse sentido podem *surpreender* a comunidade jurídica, argumento que poderia justificar o *self-restraint* como a consciência de que um julgamento que represente uma ruptura com os entendimentos consolidados até então, deveria levar em conta as consequências práticas da decisão.⁷ Marmor até considera que juízes não deveriam ter esse tipo de poder, em um sistema “ideal”. Mas, se eles efetivamente têm esse poder, é natural que as decisões sejam tomadas levando em conta questões morais, algo que já era propugnado pelo realismo jurídico quando se demandava que os fundamentos das

decisões fossem mais claramente externados.⁸

Além dessa inovação, costuma ser percebido como “ativismo” a atribuição de significados ou efeitos não evidentes a termos ou expressões jurídicas. No famigerado caso *Lochner v. New York*, de 1905, Oliver Wendell Holmes expôs justamente isso em sua divergência, que ficou bastante famosa.⁹ Naquele caso havia um embate ideológico em torno da possibilidade de limitação da economia de mercado pelo poder público,¹⁰ e a Suprema Corte, em maioria estreita de cinco contra quatro, anulou a lei estadual, encontrando na décima quarta emenda à Constituição americana um princípio que protegia a “liberdade contratual”.¹¹ Holmes, contudo, viu por trás da retórica e identificou que o que estava em jogo era, em verdade, uma *ideologia*. A maioria invalidava uma lei que ofendia seus princípios da linha *laissez-faire*.¹² Ele argumentou que a Constituição

⁷ “Introducing legal changes is always better left to the legislature (...) since the latter can do so prospectively with due warning” (MARMOR, Andrei. *Law in the Age of Pluralism*. New York: Oxford University Press, 2007, p. 25). Ele lembra que a doutrina americana de *product liability*, que no nosso Código de Defesa do Consumidor atual corresponderia à responsabilidade do fabricante pelo produto defeituoso que acaba por causar dano a quem o adquire, foi “iniciada” por Benjamin Cardozo (outro célebre juiz norte-americano) na decisão de *MacPherson v. Buick Motor Co* (New York Court of Appeals, *MacPherson v. Buick Motor Co.*, 217 N.Y. 382, 111 N.E. 1050 (1916)).

⁸ LEITER, Brian. American Legal Realism. In: GOLDING, Martin P.; EDMUNDSON, William A. (Org.). *The Blackwell Guide to the Philosophy of*

Law and Legal Theory. Malden: Blackwell, 2004, pp. 50-66, p. 58.

⁹ Cf. LERNER, Max. *The Mind and Faith of Justice Holmes*. Boston: Little Brown, 1943, p. 147.

¹⁰ *Ibidem*, p. 255.

¹¹ Supreme Court of the United States. *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905). A conclusão foi nos seguintes termos: “(...) the freedom of master and employe to contract with each other in relation to their employment, and in defining the same, cannot be prohibited or interfered with, without violating the Federal Constitution”

¹² IRONS, Peter. *A People's History of the Supreme Court*. New York: Penguin, 2006, p. 256. Segundo William Rehnquist, “Peckham’s statement in the *Lochner* majority opinion that minimum wage laws for men are ‘mere meddlesome interference’ with

não “subscrevia” nenhuma ideologia política ou econômica, de modo que não se poderia dela extrair as razões para derrubar uma lei que se mostrava uma opção legítima e razoável do legislador diante de um princípio da vaga formulação.¹³

Naquela divergência, Holmes, como um “arqueólogo indo ao subsolo para revelar o que estava enterrado”¹⁴ sob a linguagem legal, sustentou a impossibilidade de o julgador superar, daquela forma, as considerações de ordem política feitas pelo legislador. Logo, para Holmes, não era possível utilizar uma previsão constitucional de significado amplo, como a “liberdade contratual”, para decidir com base em uma ideologia que não fora expressamente referendada no texto constitucional. Assim, a postura de *self-restraint* holmesiana pode ser definida como uma reticência em utilizar suas concepções pessoais, suas preferências ideológicas particulares, como fundamento na tomada de decisão — ainda que essa decisão tenha necessariamente de ser

proferida com base em considerações morais e políticas.

A divergência de Holmes mostra, ainda, que é um erro identificar ativismo com o avanço de pautas progressistas e *self-restraint*, como uma atitude reveladora de conservadorismo político ou moral. Nas décadas iniciais do século XX, que ficou conhecida como a “era *Lochner*” da Suprema Corte Americana, houve considerável ativismo na tentativa de avançar judicialmente uma ideologia bastante conservadora. “A natureza do objetivo moral não determina a natureza da estratégia de interpretação constitucional necessária para alcançá-lo”.¹⁵ A dicotomia que nos interessa entre ativismo e *self-restraint* começa, assim, a ficar mais nítida.

Uma distinção feita por Dworkin, no texto que talvez seja a origem de todo esse debate — por iniciar de forma sistemática a discussão em torno da utilização de princípios de vaga formulação textual, como *standards*, considerados

individual rights sound strange to us today, but it was a good deal less strange to many in the United States in 1906 who had been substantially influenced by Social Darwinist doctrine”, que seria uma aplicação do raciocínio darwiniano da sobrevivência do mais apto às relações sociais. Segundo ele (e Irons), Holmes seria, também ele, um “darwinista social” (REHNQUIST, William. *The Supreme Court*. New York: Vintage (Random House), 2007)

¹³ “Este caso está sendo decidido com base em uma teoria econômica com a qual uma grande parte deste país não concorda. Se fosse uma questão de definir se eu concordo com aquela teoria, eu desejaria

estudá-la com mais profundidade antes de dar minha opinião. Mas não acredito que é esse o meu dever, porque eu creio de forma veemente que a minha concordância ou discordância não tem relação alguma com o direito da maioria de inserir suas opiniões na lei” (SCOTUS, *Lochner v. New York* (cit.), da opinião divergente de Oliver Wendell Holmes Jr., tradução nossa).

¹⁴ A comparação é de Max Lerner, *The Mind and Faith of Justice Holmes* (cit.), p. 146.

¹⁵ MARMOR, Andrei. *Interpretation and Legal Theory*. Oxford: Hart Publishing, 2005, p. 166, tradução nossa.

vinculantes pelos juízes na tomada de decisões — talvez seja a que, por sua simplicidade, melhor forneça elementos para compreender o que se entende por “ativismo” ou “autocontenção” judicial. Conforme o autor, o “programa” do ativismo propugnava que os Tribunais utilizassem as chamadas “provisões constitucionais de vaga formulação”, desvendando (e definindo) princípios como legalidade, igualdade etc., inclusive “revisando esses princípios de tempos em tempos, à luz do que a Corte considerasse novos e modernos *insights* morais, e julgando as leis de acordo com essa postura”.¹⁶ Ativismo seria, nesse sentido, a atuação positiva *modificando* a lei (ou os entendimentos consolidados), “refinando” o ordenamento.

O “programa” do *judicial self-restraint*, por outro lado, propugnava que as Cortes deveriam valorizar as decisões dos outros ramos de governo nessas mesmas questões, “mesmo quando elas ofenderem o entendimento particular do juiz quanto aos princípios aplicáveis ao caso”, exceto quando a ofensa à “moralidade política” fosse de tal dimensão que demandasse uma

atuação efetiva do julgador.¹⁷ Ele diferencia ainda *duas* formas de *self-restraint*: uma que questiona a objetividade pressuposta pelo ativismo quanto aos princípios, especialmente os que consagram direitos fundamentais, argumentando que os indivíduos não possuiriam direitos *morais* contra o Estado, apenas direitos *legais*, reconhecidos como tais pela legislação; e uma que é, na verdade, uma teoria da *deferência* judicial, uma forma de atuar, uma postura do juiz diante de casos controversos.

A primeira forma de autocontenção, se algum dia foi utilizada - conscientemente ou não - pelas Cortes, está abandonada há bastante tempo. A Suprema Corte Americana, desde o início do século passado, tem diversas decisões reconhecendo a força normativa de direitos não positivados, e no Supremo Tribunal Federal não tem sido diferente. Por exemplo, no auge do regime militar, a Corte proclamou o princípio da “presunção de inocência” (que não era até então previsto na Constituição) como “imaneente ao sistema constitucional”, e o aplicou para reconduzir ao cargo um professor

¹⁶ DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 137, tradução nossa.

¹⁷ *Ibidem*. Exemplificando, Dworkin considera que as decisões da Suprema Corte Americana nos casos que questionavam as leis de segregação racial foram um exercício de ativismo judicial: “The Supreme

Court followed the policy of activism rather than restraint in cases like the segregation cases because the words of the equal protection clause left it open whether the various educational practices of the states concerned should be taken to violate the Constitution, no clear precedent held that they did, and reasonable men might differ on the moral issues involved” (p. 137-138).

universitário, afastado do emprego com base na infame “Lei de Segurança Nacional”,¹⁸ por ter praticado um “ato subversivo”.¹⁹ Do voto do relator, Min. Themistocles Cavalcanti, se extrai: “Não é preciso que esteja expressa a garantia, basta que ela decorra do sistema político e do conjunto dos princípios expressos”.²⁰ Durante os debates, o Min. Gonçalves de Oliveira deu nome à garantia: “o processo não há de importar em pena. O indivíduo se presume inocente até ser condenado”.²¹

Portanto, o que é relevante do *judicial self-restraint* para o presente estudo é a segunda forma proposta por Dworkin, uma compreensão do papel do Judiciário em que há uma necessária autocontenção, uma deferência ao legislador em questões complexas, em que o dever legal não está claro no texto da Constituição. Ao reconhecer que a natureza do alcance desses direitos fundamentais expressos em princípios constitucionais não é definida, e sim sujeita a debate, as instituições políticas — como as casas

legislativas — é que seriam responsáveis, primariamente, por decidir que direitos devem ser reconhecidos e em qual dimensão.

Por esta perspectiva, o ativismo consistiria em decidir - não apenas anulando leis ou decretos dos poderes Legislativo e Executivo, e não apenas garantindo prestações de caráter positivo com o reconhecimento de princípios, às vezes não positivados – mas, sim, e este seria o ativismo frequentemente criticado, na decisão judicial que se imiscui, com base em concepções morais, políticas e ideológicas, ou em uma interpretação de princípios de vaga formulação linguística no texto constitucional, em questões que *primariamente* deveriam ser decididas na arena política, pelos outros ramos de governo. A ruptura com a doutrina de *self-restraint* estaria caracterizada com essa *substituição* da conclusão legislativa pelo juízo judicial, em questões previstas de forma vaga nas normas, ou a atuação

¹⁸ Decreto-Lei nº 314, de 1967, que, além de tipificar crimes de opinião, assim dispunha sobre os efeitos da acusação: “Art. 48. A prisão em flagrante delito ou o recebimento da denúncia, em qualquer dos casos previstos neste decreto-lei, importará, simultaneamente, na suspensão do exercício da profissão, emprego em entidade privada, assim como de cargo ou função na administração pública, autarquia, em empresa pública ou sociedade de economia mista, até a sentença absolutória”.

¹⁹ O art. 38 tipificava como “propaganda subversiva”: I – a publicação ou divulgação de notícias ou declaração; II – a distribuição de jornal,

boletim ou panfleto; III – o aliciamento de pessoas nos locais de trabalho ou de ensino; IV – cômico, reunião pública, desfile ou passeata; V – a greve proibida; VI – a injúria, calúnia ou difamação, quando o ofendido for órgão ou entidade que exerça autoridade pública, ou funcionário em razão de suas atribuições; VII – a manifestação de solidariedade a qualquer dos atos previstos nos itens anteriores.

²⁰ HC 45.232, Rel. Min. Themistocles Cavalcanti, julgamento em 21/02/1968.

²¹ Ibidem, de aparte em voto do Min. Evandro Lins, p. 3. Depois, no próprio voto, p. 1-2.

judicial nessas questões, diante do silêncio legislativo.

É por esta perspectiva, convergente com a mais genérica visão do ativismo como um “aumento de poder do Judiciário frente aos demais ramos de governo”,²² que as atuais críticas a algumas decisões de Cortes brasileiras, especialmente do Supremo Tribunal Federal, ganham mais sentido e força argumentativa, propugnando uma autocontenção, que seria a antítese dessa postura judicial vista como produto da “modernidade”. Esta formulação de ativismo e *self-restraint* também se coaduna com a doutrina desenvolvida no STF, ao longo de sua existência, de que seria “vedado ao Judiciário atuar como legislador positivo”, máxima que é clara expressão da doutrina de *self-restraint* e que, até hoje, é utilizada na Corte em diversas decisões. O julgador, ao analisar leis ou decretos, atuaria apenas como legislador negativo, podendo extirpar do ordenamento jurídico uma norma com ele incompatível, mas nunca *inovando* neste ordenamento.²³

Nessa esteira, o STF é comumente percebido como uma Corte que, progressivamente e rapidamente,

abandonou o *self-restraint*, que antes era utilizado como fundamento em decisões, proclamando a vedação à atuação como legislador positivo, nos anos 1990, para decidir de forma diametralmente oposta (argumentam os críticos) pouco mais de uma década depois. É essa superação da doutrina da autocontenção judicial que pretendemos analisar, por meio do que consideramos sua máxima expressão: a evolução do entendimento da Corte quanto à impossibilidade de invalidação de normas constitucionais *originárias*.

2. A intangibilidade do texto originário da Constituição

A tradição jurídica brasileira, a respeito da jurisdição constitucional, é bastante desenvolvida. Muitos livros já foram escritos sobre o assunto, e milhares de trabalhos acadêmicos esmiuçaram, desde 1988, praticamente todos os aspectos minimamente controversos sobre a declaração de inconstitucionalidade de normas jurídicas, por meio dos mecanismos que foram previstos na Constituição e de outros que, posteriormente, foram sendo incorporados aos regramentos e à

²² POSNER, Richard A. Legal Formalism, Legal Realism, and the Interpretation of Statutes and the Constitution. *Case Western Reserve Law Review*, v. 37, n. 2, p. 179–217, 1986.

²³ “A jurisprudência das Turmas desta Corte é firme no sentido de que é vedado a este Tribunal, via de

declaração de inconstitucionalidade de *parte* de dispositivo de lei, alterar o sentido inequívoco da norma. A Corte Constitucional só pode atuar como legislador negativo. Não, porém, como legislador positivo” (AI 153.334 AgR-EDv-AgR, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 30/10/1995).

jurisprudência do STF, notadamente a “interpretação conforme a Constituição”, em que a norma atacada não é retirada do ordenamento, mas tem seu “sentido” definido (ou limitado) pelo Tribunal, excluindo outras possíveis interpretações que, caso adotadas, iriam de encontro à Constituição Federal.

Logo no início da vigência da CF/88, até emendas constitucionais foram atacadas e examinadas no controle concentrado. Ao analisar normas editadas pelo constituinte derivado, o STF estava a dizer que sua competência chegava até ali, ou seja, o texto constitucional *modificado por emenda* não estava imune ao escrutínio judicial. Restava saber se o próprio texto *originário* da Constituição poderia ser, de alguma forma, sindicado pela Corte, e, em caso positivo, qual seria o parâmetro de controle utilizado nessa análise.

Quem defende essa ideia - da possibilidade de que normas constitucionais originárias sejam declaradas inconstitucionais por ofensa a uma “normatividade transcendente” ao texto da própria Constituição - normalmente, invoca antiga monografia de Otto Bachof, que relatava algumas decisões de Cortes alemãs

no período pós segunda guerra mundial, que efetivamente afastaram a aplicação de um dispositivo específico da Lei Fundamental alemã. Bachof realmente defendeu a possibilidade de uma norma constitucional *originária* ser considerada “inconstitucional” ou “ilegítima”, a depender de como a questão fosse analisada. Seria *inconstitucional* se em conflito com dispositivo da própria Constituição que representasse a positivação de um direito “supralegal”, pois este direito possuiria *status* normativo superior; e *ilegítima*, para usar classificação de Jorge Miranda,²⁴ se ofensiva ao que o autor chama de direito “suprapositivo”, ou seja, um direito da mesma ordem do “supralegal”, mas não positivado.

O autor alemão não formula uma definição precisa do que seria este direito “suprapositivo”, que aparece muitas vezes em sua obra, apenas indicando alguns de seus contornos. Diferenciou-o do direito natural, que seria decorrente da razão - ou das “leis da natureza” - enquanto aquele seria “objetivamente verificável”. Diz ainda que o direito suprapositivo existe anteriormente à Constituição, vinculando o próprio poder constituinte originário.²⁵

²⁴ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 479. Mais à frente, o autor diverge de Bachof: “No interior da *mesma* Constituição originária, obra do *mesmo* poder constituinte formal, não divisamos como possam surgir normas inconstitucionais. Nem

vemos como, órgãos de fiscalização instituídos por este poder seriam competentes para apreciar e não aplicar, com base na Constituição, qualquer de suas normas” (p. 480).

²⁵ BACHOF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* Coimbra: Almedina, 1994.

Desta forma, a Constituição, ao reconhecer a existência deste direito supralegal e incorporá-lo, não estaria a “criar direito”, mas apenas a *reconhecer* a existência de um direito anterior.

A Controvérsia que Bachof examina no texto, que é de 1951, tem relação com o direito de petição ou do livre acesso à Justiça. A então recente Lei Fundamental Alemã de 1949 determinava a *impossibilidade* de propositura de ação judicial em determinado caso, enquanto pendente regulamentação legal.²⁶ A Lei Fundamental não estatuiu o “livre acesso à Justiça” como direito fundamental, limitando-se a preservar, no art. 17, o direito de petição. O “livre acesso à Justiça” seria, portanto, um direito supralegal não positivado, na terminologia de Bachof. De fato, houve decisões que deram suporte à tese de Bachof, por determinado tempo, especialmente uma, citada por ele na monografia, prolatada pela Corte Constitucional da Bavária: “Há princípios constitucionais tão elementares, e expressão tão evidente de um direito anterior mesmo à Constituição, que obrigam o próprio

legislador constitucional e que, por infração deles, outras disposições da Constituição sem a mesma dignidade podem ser nulas”.²⁷

A investigação de Bachof expõe duas vertentes: (a) a primeira, reconhece a existência de um direito suprapositivo, que vincularia o próprio constituinte originário e que permitiria o crivo do trabalho deste em cotejo com aquele; (b) a segunda, admite a existência de uma hierarquia interna à própria Constituição, com os direitos fundamentais, dentre outras disposições elementares, ocupando posição de proeminência e podendo funcionar como parâmetro de controle do restante da Carta (observando que o autor não subscreveu uma hierarquia intraconstitucional arbitrária, mas apenas no caso de norma que importasse em positividade do direito supralegal).

No Brasil, localizamos apenas uma decisão de Tribunal invocando a tese de Otto Bachof, endossando a segunda vertente. Curiosamente, o tema tem relação com o que foi debatido na ADPF 132, que será examinada adiante. Pouco antes da promulgação do atual Código Civil, houve

²⁶ “Artigo 131. Lei federal regulará a situação jurídica de funcionários públicos, incluindo refugiados e exilados (...) Até que lei federal reguladora da matéria entre em vigor, não serão admitidas ações legais, salvo se lei estadual dispuser em contrário” (grifamos).

²⁷ “A nulidade inclusivamente de uma disposição constitucional não está a priori e por definição excluída pelo fato de tal disposição, ela própria, ser parte integrante da Constituição. Há princípios

constitucionais tão elementares, e expressão tão evidente de um direito anterior mesmo à Constituição, que obrigam o próprio legislador constitucional e que, por infração deles, outras disposições da Constituição sem a mesma dignidade podem ser nulas” (Tribunal Constitucional da Bavária — Verfassungsgerichtshof. DÖV 1950, 470 = VerwRSpr. II, n° 65, apud Otto Bachof, *Normas...* (cit.), p. 23-24).

decisão judicial da 3ª Vara Previdenciária de Porto Alegre, em Ação Civil Pública, proposta pelo Ministério Público Federal. Na ação, que tinha como réu o INSS, objetivava-se que o companheiro homoafetivo fosse considerado dependente *na mesma classe* dos companheiros heteroafetivos. Não havia a pretensão de que fosse conferido o “instituto jurídico” da “união estável” ao relacionamento, apenas que se garantisse a igualdade de direitos previdenciários. Houve o deferimento de tutela antecipada na primeira instância, com eficácia para todo o território nacional. O INSS chegou a editar norma interna sobre o atendimento à determinação judicial.²⁸

Em 27 de julho de 2005, houve o julgamento da apelação do INSS contra a sentença do juízo de primeiro grau (que havia confirmado a tutela antecipada). No Tribunal Regional Federal (TRF) da 4ª Região, a decisão foi unânime no sentido de

que não era possível distinguir casais heteroafetivos e homoafetivos, no que se refere à possibilidade de acesso a benefícios previdenciários: “O Poder Judiciário não pode se fechar às transformações sociais, que, pela sua própria dinâmica, muitas vezes *se antecipam às modificações legislativas*” (grifamos).²⁹

O problema é que a Constituição Federal previa a “união estável” apenas para “o homem e a mulher”,³⁰ em redação taxativa e, como se verá adiante, *propositamente* restritiva. Diante disso, vendo fechadas as portas da via interpretativa, o TRF da 4ª Região adotou expressamente tese de Bachof, citando trecho de artigo em que se defende que o § 3º do art. 226 da Constituição, seria uma “norma constitucional inconstitucional”, na tentativa de resolver o problema argumentativo por uma hierarquia normativa interna à Constituição.³¹ O TRF,

²⁸ Trata-se da Instrução Normativa INSS/DC nº 25, de 7 de junho de 2000, publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 8/06/2000. Segundo a ementa, a norma estabelecia, “por força de decisão judicial, procedimentos a serem adotados para a concessão de benefícios previdenciários ao companheiro ou companheira homossexual”. Foi revogada pela Instrução Normativa INSS/PRES nº 45, de 06 de agosto de 2010, publicada no DOU de 11/08/2010, que atualmente regula a matéria. Através da Portaria MPS nº 513, de 09 de dezembro de 2010, publicada no DOU de 10/12/2010, o Ministério da Previdência Social estabeleceu que “no âmbito do Regime Geral de Previdência Social – RGPS, os dispositivos da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, que tratam de dependentes para fins previdenciários devem ser interpretados de forma a abranger a união estável entre pessoas do mesmo sexo” (art. 1º).

²⁹ TRF da 4ª Região, ACP 9347-51.2000.4.04.7100, Rel. Desembargador João Batista Pinto Silveira, julgamento em 27/07/2005.

³⁰ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (...) § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento (grifamos).

³¹ A citação no julgado do TRF da 4ª Região é de DIAS, Maria Berenice. União homossexual: aspectos sociais e jurídicos. Revista Brasileira de Direito de Família, n. 4, pp. 7-13, 2000. Do artigo se lê: “Assim, discriminatória a distinção que o art. 226, § 3º, da Constituição Federal faz ao outorgar proteção a pessoas de sexos diferentes, contrariando princípio constitucional constante de regra pétrea. A Constituição não é um conjunto de regras, mas um conjunto de princípios, aos quais se devem afeiçoar

ao adotar — unanimemente — esta tese, reconheceu uma *hierarquia* interna à própria Constituição, no ápice da qual estariam os direitos fundamentais, e em especial a dignidade da pessoa humana. Os Desembargadores argumentaram, atribuindo aos direitos fundamentais “centralidade” no sistema constitucional, mas acabaram afirmando, ainda que timidamente, sua *superioridade* não apenas axiológica, mas *normativa*.³²

Contudo, *ambas* as teses já haviam sido rejeitadas expressamente pelo Supremo Tribunal Federal. Na ADI 815, julgada em 1996, o Governador do Rio Grande do Sul questionava o § 1º do art. 45 da CF, sustentando a possibilidade de normas constitucionais originárias serem inconstitucionais, por haverem “normas constitucionais superiores a outras”, e citando Bachof na fundamentação. O argumento era bem simples: o Constituinte estabeleceu uma proporcionalidade na composição da Câmara Federal, relativamente à população de cada Estado, e previu um Senado Federal com

composição paritária para todas as unidades federativas. No § 1º, contudo, estatuiu limites mínimo e máximo de oito e de setenta Deputados, respectivamente, para cada Estado. Isso significa que Estados pouco populosos tivessem *proporcionalmente* representação “superior” à de São Paulo, limitado a setenta deputados, mesmo que sua população aumente. Segundo o autor da ação, um deputado de São Paulo representava muito mais pessoas, violando o princípio da igualdade do voto.

Ao decidir a ADI, o STF se pronunciou unanimemente pela *impossibilidade jurídica do pedido*, de modo que, independentemente do direito “superior” invocado, o controle não seria possível por uma questão formal: a ausência de *competência* do STF para tanto.

(...) na atual Carta Magna “compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição” (artigo 102, *caput*), o que implica dizer que essa jurisdição lhe é atribuída para impedir que se desrespeite a Constituição como um todo, e *não para, com relação a ela, exercer o*

as próprias normas constitucionais. Por uma questão de coerência, mostrando-se uma norma constitucional contrária a um princípio constitucional, tal fato configura um conflito. Assim, a norma deve ser considerada inconstitucional, como já sustentava Otto Bachof, em 1951”.

³² “O princípio da dignidade humana traz no seu bojo a afirmação da integridade física e espiritual do homem como dimensão irrenunciável da sua individualidade autonomamente responsável; (...) Daí falar-se, em consequência, na centralidade dos

direitos fundamentais dentro do sistema constitucional, eis que eles cumprem funções estruturais, são *conditio sine qua non* do Estado constitucional democrático. Ou seja, as normas de direito fundamental ocupam o grau superior da ordem jurídica; estão submetidas a processos difíceis de revisão; constituem limites materiais da própria revisão; vinculam imediatamente os poderes públicos; significam a abertura a outros direitos fundamentais” (ACP 9347-51.2000.4.04.7100 (cit.), do voto do Relator).

papel de fiscal do Poder Constituinte originário, a fim de verificar se este teria, ou não, violado os princípios do direito suprapositivo que ele próprio havia incluído no texto da mesma Constituição.³³ (grifamos)

O Relator da ação, Ministro Moreira Alves, refutou especificamente a vertente que seria futuramente adotada pelo TRF da 4ª Região, entendendo que a tese de que há hierarquia entre normas constitucionais, possibilitando a declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras, era “impossível com o sistema de Constituição rígida”. Todas as normas constitucionais originárias, assim, “retiram sua validade do Poder Constituinte originário e não das normas que, também integrantes da mesma Constituição, tornariam direito positivo o direito suprapositivo, que o constituinte originário integrou à Constituição ao lado das demais e sem fazer qualquer distinção entre estas e aquelas”.

Para Moreira Alves, as duas vertentes, na verdade, seriam uma só: “se uma norma *constitucional* infringir uma outra norma da Constituição, “positivadora” de direito supralegal, tal

norma será, em qualquer caso, *contrária ao direito natural*”, o que implicaria em dizer que é inválida não por violar aquela norma “positivadora” de direito supralegal, mas, sim, por não ter o constituinte originário autolimitado, sua atuação diante daquele direito suprapositivo que lhe serviria de parâmetro. Acabou por endossar, assim, a tese de Jorge Miranda.³⁴ Quanto aos direitos fundamentais e “cláusulas pétreas”, considerou que não podem ser invocados para a sustentação de inconstitucionalidade de normas constitucionais “inferiores” em face de normas “superiores”, “(...) porquanto a Constituição as prevê apenas como limites ao Poder Constituinte derivado ao rever ou ao emendar a Constituição elaborada pelo Poder Constituinte originário, e não como abarcando normas cuja observância se imponha ao próprio Poder Constituinte originário”.

O voto do Ministro Moreira Alves tornou-se paradigmático da questão no direito brasileiro. Alguns autores afirmaram que é a refutação mais “vigorosa” à tese de Bachof.³⁵ Paulo Bonavides chegou a se referir à ADI 815

³³ STF, ADI 815, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 28/03/1996, grifamos.

³⁴ “Essa violação não importa questão de inconstitucionalidade, mas questão de ilegitimidade da Constituição no tocante a esse dispositivo, e *para resolvê-la não tem o Supremo Tribunal Federal* — ainda quando se admita a existência desse direito

suprapositivo — *competência*” (Ibidem, grifo nosso).

³⁵ Dentre os poucos autores brasileiros que se ocuparam da ADI 815, a decisão foi especialmente aprovada por Paulo Bonavides (*A Constituição aberta: temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das regiões*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004).

como “a peça mais subversiva dos princípios constitucionais já formulada neste País”.³⁶

A decisão do STF resultava no reconhecimento de um poder constituinte originário, cujas limitações decorreriam da percepção dele próprio de seus limites, de que a violação poderia redundar em uma crise de legitimidade, mas que não abriria a possibilidade de um controle jurisdicional - não muito diferente de uma crise de legitimidade do próprio Poder Judiciário ao não exercer semelhante autocontenção.³⁷

A ADI 815 foi julgada em 1996, mas a composição mais recente do STF reafirmou o entendimento em 2008, no julgamento da ADI 4.097, que pleiteava a declaração de inconstitucionalidade de norma da Constituição que impede a candidatura de analfabetos para cargos eletivos.³⁸ A questão era tão sedimentada, que o Relator, Min. Cezar Peluso, indeferiu a inicial por inépcia, julgando o pedido *juridicamente impossível*. Na decisão, o Ministro cita vários autores, um deles rejeitando expressamente a tese de Bachof, e se ampara no precedente da ADI 815. Foi

bem enfático ao argumentar que “o que, em absoluto, se não admite, em sistemas como o nosso, de Constituição rígida, é ação tendente a atacar norma editada pelo constituinte originário”.³⁹ Houve agravo regimental, e a decisão do Plenário, sem nenhuma discussão, foi no mesmo sentido, determinado que “não se admite controle concentrado ou difuso de constitucionalidade de normas produzidas pelo poder constituinte originário”.⁴⁰

A Corte professou, nas duas oportunidades, o princípio da unidade hierárquico-normativa da Constituição, pelo qual não é possível o controle de constitucionalidade de norma constitucional *originária* em face de outra de mesma estirpe. Ainda que uma disposição pudesse ser considerada “axiologicamente” superior, não haveria hierarquia *normativa*. Quanto à questão da competência, o STF entendeu que não era possível a ele, enquanto Tribunal *constituído*, fiscalizar o trabalho do poder *constituente*, de modo que mesmo a “ilegitimidade”, de que falavam os

³⁶ Em *A Constituição Aberta* (cit.), p. 214. O mesmo autor reconhecera, anos antes, que “a teoria do poder constituinte é basicamente uma teoria da legitimidade do poder”, o que impossibilitaria o exercício da jurisdição constitucional sobre o texto originário da CF/88 (*Curso de direito constitucional*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1994).

³⁷ Dentre os autores clássicos do direito constitucional brasileiro, muito citados pelo STF à época do julgamento da ADI 815, José Afonso da

Silva sustentava que “quando se trata de estabelecer uma constituição nova, a decisão provém de um *poder constituinte originário*, não limitado juridicamente” (*Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 1999)

³⁸ O § 4º do art 14 da Constituição Federal.

³⁹ ADI 4.097, Rel. Min. Cezar Peluso, decisão monocrática em 25/06/2008.

⁴⁰ ADI 4.097 AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 08/10/2008.

constitucionalistas, não poderia ser pronunciada pela Corte.

3. A mudança progressiva do paradigma

A intangibilidade do texto originário da Constituição foi reafirmada em 2008, mas houve julgamentos em 2006 e 2007, que mitigaram a força da tese e podem ser considerados precursores da ADPF 132, no sentido de que contêm manifestações dos Ministros sobre uma possível superação do *judicial self-restraint*. O primeiro precedente, que não é do Plenário, desenha uma atribuição *excepcional*, e ainda tímida, do STF de atuar de forma heterodoxa em casos atípicos. No segundo, os Ministros desafiam diretamente o dogma de que é vedado ao Judiciário atuar como legislador positivo.

3.1 Exceção à regra: o primeiro caso

Ao julgar agravo regimental na Reclamação 3.034-2, o STF acabou admitindo, sem muito debate, a existência de uma exceção não prevista na norma, e no

caso se tratava de norma originária da Constituição.

Ao instituir o sistema de precatórios para os pagamentos devidos pelo poder público, em decorrência de condenação judicial - modelo que o STF já havia considerado constitucional - houve apenas uma exceção prevista pelo Constituinte originário para que o Judiciário determinasse o *sequestro* de verba. A redação anterior do §2.º do art. 100 da CF/88⁴¹ preceituava que o Presidente do Tribunal que proferisse a decisão exequenda poderia determinar o sequestro da quantia devida “*exclusivamente* para o caso de preterimento de seu [do credor] direito de precedência” (grifamos). Não obstante a literalidade da regra, a ausência de exceção explícita e, ainda, o uso do vocábulo “*exclusivamente*”, a reforçar a ideia de que o legislador - constituinte originário - foi *taxativo*, o STF referendou decisão que determinou o sequestro no caso de credor acometido de moléstia grave, citando expressamente lição de Carl

⁴¹ Art. 100. à exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim. (...) § 2º As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados ao Poder

Judiciário, recolhendo-se as importâncias respectivas à repartição competente, cabendo ao Presidente do Tribunal que proferir a decisão exequenda determinar o pagamento, segundo as possibilidades do depósito, e autorizar, a requerimento do credor e *exclusivamente para o caso de preterimento de seu direito de precedência*, o sequestro da quantia necessária à satisfação do débito (grifei).

Schmitt, de que as normas “só valeriam para situações normais”.⁴²

Embora a Corte tenha fundamentado a decisão, ressaltando a excepcionalidade da situação, deu um salto argumentativo e deixou sem análise a sua legitimidade para este tipo de tomada de decisão *heterodoxa* e, mais pertinente ao mérito da decisão, não explicitou porque, exatamente, entendeu que o caso em análise era excepcional, já que não apresentava, aparentemente, características que não pudessem ser facilmente previstas pelo legislador, ou que fossem peculiares em relação a outras efetivamente consideradas - como o caráter alimentar da verba devida pelo poder público, por exemplo, situação que foi contemplada com exceção expressa à regra. Por fim, os julgadores não acenaram com a possibilidade de esta conclusão ser aplicada de forma generalizada em casos similares no futuro, considerando que proferida em procedimento que não implica vinculação das instâncias inferiores do Judiciário. Criou-se uma exceção à norma constitucional originária.

3.2 Superando a impossibilidade de atuação como legislador positivo: o segundo caso

A Constituição promulgada em 1988 garantia aos trabalhadores o direito de greve, mas esse direito era *condicionado*, no caso dos servidores públicos, à edição de lei específica. A CF previu também o Mandado de Injunção como mecanismo para impugnar a falta de lei regulamentadora de um direito constitucional, o que acabaria por frustrar o seu exercício. A Corte sedimentou, logo no início dos anos 1990, que esta ação constitucional servia apenas para que se notificasse o poder competente para editar a norma - no caso, o Congresso Nacional - já que o Judiciário não poderia fixar um prazo para o legislador agir, em decorrência da separação de poderes, nem poderia atuar como “legislador positivo”.⁴³ Com relação especificamente ao direito de greve, em 1994 o STF reconheceu que havia mora do Congresso na edição da lei, e, aplicando o entendimento consolidado até então, notificou-o para que cumprisse a obrigação constitucional de legislar, o que não ocorreu.

⁴² STF, Agravo Regimental na Reclamação 3.034-2, Relator Min. Sepúlveda Pertence, j. 21/092006.

⁴³ “O mandado de injunção nem autoriza o Judiciário a suprir a omissão legislativa ou regulamentar, editando o ato normativo omitido, nem, menos ainda, lhe permite ordenar, de imediato, ato concreto de satisfação do direito reclamado: mas, no pedido,

posto que de atendimento impossível, para que o Tribunal o faça, se contém o pedido de atendimento possível para a declaração de inconstitucionalidade da omissão normativa, com ciência ao órgão competente para que a supra” (STF, *MI 168*, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 21/03/1990).

Em 2007, depois de treze anos da primeira notificação, o Tribunal julgou conjuntamente três MI e rompeu com o entendimento sedimentado, para admitir uma atuação positiva da Corte, em casos em que a inércia legislativa fosse considerada “inaceitável”. Determinou-se a aplicação “no que coubesse” da Lei de Greves do setor privado e definiram-se competências jurisdicionais para apreciação dos dissídios e os serviços públicos que não poderiam ser interrompidos pelos grevistas.

Houve aqui, na verdade, duas rupturas: (1) a primeira com relação à leitura da previsão constitucional relativamente ao mandado de injunção, que qualificou e diferenciou os casos em que a demora estivesse a violar de forma relevante direitos de estatura constitucional; (2) a segunda com relação ao dogma da vedação à atuação como *legislador positivo*, já que, embora tenha prevalecido a corrente pelo uso da lei de greves do setor privado, houve manifestações relativizando a autocontenção consagrada na Corte e um dos Ministros efetivamente *redigiu* uma lei completamente nova, que pretendia ser aplicável ao caso.

No início do acórdão do MI 670, em 2007 - que é o caso que mais nos interessa - a conformação jurídica do mandado de injunção, dada pela jurisprudência do STF, foi resumida, demonstrando que, até ali, efetivamente se compreendia não ser possível que a Corte adotasse uma postura ativa, a fim de sanar a omissão inconstitucional, salvo a adoção de medidas de natureza *cautelar*, para garantir a preservação de direitos.⁴⁴ Os Ministros, portanto, se posicionavam de forma consciente contrariamente ao entendimento consolidado da Corte. Durante todo o julgamento, houve a preocupação de que o STF estaria assumindo um papel que não lhe seria próprio, o de *innovar* no ordenamento. Mas o Min. Gilmar Mendes diz que, apesar disso, a situação reclamava essa solução heterodoxa, pois o caso já configurava uma omissão judicial: “Comungo das preocupações quanto à não assunção pelo Tribunal de um protagonismo legislativo. Entretanto, parece-me que a não-atuação no presente momento já se configuraria quase como uma espécie de ‘omissão judicial’”.

Ao final, como surgiu nos debates a questão de o Judiciário não poder

⁴⁴ MI 670, Rel. originário Min. Maurício Corrêa, Rel. para o acórdão Min. Gilmar Mendes, julgamento em 25/10/2007. O argumento final foi sintetizado pelo Min. Gilmar Mendes da seguinte forma: “De resto, uma sistêmica conduta omissiva do Legislativo pode e deve ser submetida à apreciação do Judiciário (e

por ele deve ser censurada) de forma a garantir, minimamente, direitos constitucionais reconhecidos (CF, art. 5º, XXXV). Trata-se de uma garantia de proteção judicial efetiva que não pode ser negligenciada na vivência democrática de um Estado de Direito”.

atuar como legislador positivo, o Min. Gilmar Mendes afirmou que eles estavam tutelando uma questão singular, e que não havia um rompimento com o *judicial self-restraint*.⁴⁵ Foi proclamada uma compreensão do papel institucional da Corte, pautado pela deferência ao legislador, mas no caso *peculiar* em que se identificou uma “recalcitrância histórica”, a decisão poderia ser heterodoxa. Inclusive, como forma de conciliar a decisão com a postura de deferência tradicionalmente adotada pela Corte, o voto vencedor propôs que se utilizasse produto da “vontade hipotética” do próprio legislador, ao sugerir a adoção provisória das regras aplicáveis às greves no âmbito privado. Para dar ainda mais força à sugestão, o Min. Gilmar Mendes fez, em apêndice a seu voto, uma comparação analítica entre a Lei 7.783/89 e os projetos de lei para regulamentação do direito de greve dos servidores públicos, que tramitavam no Congresso Nacional, a demonstrar que não havia contradições essenciais entre eles, pelo que a “vontade hipotética do legislador” não seria ofendida.

Apesar disso, no MI 712 (que foi julgado conjuntamente com o MI 670), o Min. Sepúlveda Pertence disse - embora

não discordando da conclusão - que não se devia “mascarar” o fato de que o STF estava, sutilezas à parte, legislando: “Não mascaremos a coisa. Estamos aplicando uma lei que diz, expressamente, que não se aplica à greve dos servidores públicos. Poderíamos adotar a lei do Paraguai. Seria uma forma de legislar igualzinha a essa”.⁴⁶ O Min. Marco Aurélio consta da ata de julgamento como “vencido”, mas isso porque, avançando em sua posição externada em 1994, desta vez chegou a efetivamente confeccionar “mini-leis” específicas para os casos em decisão, de modo que seu voto acabou por caracterizar divergência isolada, embora convergisse com os demais quanto à necessidade de efetividade no mandado de injunção e à abusividade da inércia legislativa. Considerava impossível a adoção, para o serviço público, das regras existentes para a greve no âmbito privado, e não viu impedimento para que desenvolvesse o diploma normativo que o Congresso Nacional deixara de elaborar.⁴⁷

Logo, embora a maioria tenha proclamando que não se estava a romper com o *judicial self-restraint*, houve manifestação de pelo menos um Ministro

⁴⁵ “Na verdade, creio que todos os votos aqui proferidos — o Ministro Celso de Mello foi o que mais se estendeu a respeito — partiram da premissa de esse caso específico configurar uma situação singular. (...) Era uma situação peculiar em que havia uma recalcitrância histórica. Não se trata de o Tribunal romper com a doutrina de ‘self-restraint’”

(Ibidem, dos debates à p. 143 do inteiro teor do acórdão).

⁴⁶ MI 712, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 25/10/2007, conjuntamente com o MI 670 (a partir de 7/06/2006), do voto do Min Sepúlveda Pertence.

⁴⁷ MI 670 (cit.), p. 199 do inteiro teor do acórdão.

que acusou a Corte de fazer justamente isso, e, anos depois, a superação do dogma foi inequívoca.

3.3 - O fim do *self-restraint*? A superação de norma constitucional originária

A Constituição Federal prevê, no capítulo que trata da “família”, que a *união estável*, instituto que passou a ser reconhecido no direito brasileiro com a Carta de 1988, é configurada pela união entre “o homem e a mulher”.⁴⁸ A parte final do dispositivo constitucional, que determina que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento, servia de argumento para que se negasse a possibilidade de que uma união homoafetiva pudesse ser assim reconhecida, já que o casamento era juridicamente impossível. Na legislação brasileira, nenhuma norma continha previsão que amparasse um pleito de “oficialização” de união entre pessoas do mesmo sexo.

O Código Civil de 1916 previa apenas que o “marido” era o chefe da sociedade conjugal (art. 233), e estatuiu os “direitos e deveres da mulher” a partir do art. 240. O atual Código Civil, promulgado em 2002, foi mais sutil, mas também prevê

somente a relação heteroafetiva como merecedora de proteção estatal, ao dispor que “o casamento se realiza no momento em que *o homem e a mulher* manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados” (art. 1.514, grifamos). Essa exclusividade é reforçada no art. 1.517, que prevê que “*o homem e a mulher com dezesseis anos podem casar (...)*”. A *contrario sensu*, um casal composto por dois homens, por exemplo, não poderia contrair matrimônio. E sem a proteção Constitucional da união estável homoafetiva, também não teriam os direitos decorrentes desta união, como a proteção previdenciária. Ao tratar da união estável, o Código Civil de 2002 apenas repetiu a CF no art. 1723.

Assim, por exemplo, um homem segurado da Previdência Social que falecesse, deixaria para sua esposa ou companheira um benefício (a pensão por morte), mas se estivesse em relação homoafetiva, ainda que com todos os contornos normalmente exigidos para a caracterização da união estável, seu companheiro não receberia nenhuma prestação do Estado. O cotejo entre as normas dava resultado praticamente inexorável, pois a Lei 8.213/91, que

⁴⁸ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (...) § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável

entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento (grifamos).

regulamenta os benefícios do regime geral de Previdência Social, dispõe que são beneficiários “o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido”. Logo, o dependente teria de ser cônjuge - pressupondo-se o casamento, que somente poderia ser contraído entre homem e mulher - ou *companheiro*, e a esse respeito, a Lei 8.213 prossegue estabelecendo, no § 3º, que “Considera-se companheira ou companheiro a pessoa que, sem ser casada, mantém união estável com o segurado ou com a segurada, *de acordo com o § 3º do art. 226 da Constituição Federal*”.

Ao remeter ao texto da CF, a Lei “blindou” a união estável, que no âmbito previdenciário também somente poderia ser reconhecida entre o homem e a mulher. O texto é de 1991, pouco depois da promulgação da Constituição Federal, em 1988, mas o Código Civil, que é de 2002, em nada modificou esse estado de coisas. Contudo, pouco antes mesmo da promulgação do atual Código Civil, houve decisão judicial da 3ª Vara Previdenciária de Porto Alegre, em Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público Federal, depois confirmada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, utilizando a tese de

Otto Bachof sobre as “normas constitucionais inconstitucionais”, julgado que já analisamos acima, determinando que se estendesse aos casais homoafetivos o benefício de pensão por morte. Como se vê, havia a tentativa pontual e específica de que determinados direitos fossem conferidos aos casais homoafetivos, mas o instituto jurídico da união estável, bem como o do casamento, lhes permaneciam vedados pela taxatividade do texto constitucional. Mas o TRF nada disse sobre os casais em que um dos conviventes fosse servidor público, integrante de regime próprio de previdência, para os quais a decisão da ACP não servia, já que é restrita ao Regime Geral de Previdência Social (RGPS).

Anos depois, o Governador do Estado do Rio de Janeiro propôs a ADPF 132, questionando dispositivos do Estatuto dos Servidores Cíveis daquele Estado, e também apontando “decisões judiciais proferidas no Estado do Rio de Janeiro e em outras unidades federativas do País, negando às uniões homoafetivas estáveis o rol de direitos pacificamente reconhecidos àqueles cuja preferência sexual se define como ‘heterossexual’”.⁴⁹

O problema que se apresentava ao Judiciário é que, desta vez, não havia como invocar a Constituição ou algum

⁴⁹ STF, *ADPF 132*, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 05/05/2011. O Estatuto dos Servidores Cíveis do Estado do Rio de Janeiro,

Decreto-Lei 220/1975, teve vários dispositivos impugnados, diante da compreensão que se dava às expressões “família” e “cônjuge”.

princípio nela revelado para, conferindo-lhe força normativa, ampliar ou restringir a aplicação de determinadas normas *infraconstitucionais*, remodelando o ordenamento. A *própria* Constituição continha a norma “problemática”. Não havia como reduzir o caso, em princípio, às tradicionais ferramentas da inconstitucionalidade ou da, muito utilizada, interpretação conforme a Constituição. Não havia rejeição expressiva no Judiciário ao reconhecimento dos direitos civis dos casais homoafetivos, mas sem uma modificação constitucional por via de emenda, o teor do § 3º do art. 226 da CF era bastante limitador, ainda mais, considerando que faz parte do texto *originário* da Constituição, que estaria *fora* do alcance do STF, conforme tranquila jurisprudência da Corte.

Em sessão contínua, dividida em dois dias, a Corte decidiu de forma conjunta a ADPF 132 e a ADI 4.277. Esta segunda ação foi proposta pelo Procurador-Geral da República, e tinha por objetivo que o Tribunal conferisse “interpretação conforme a Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil, que prevê a união estável

apenas entre o homem e a mulher. Nesta ação, o Procurador-Geral da República requereu que o STF declarasse: (a) que é obrigatório o reconhecimento, no Brasil, da união entre pessoas do mesmo sexo, como entidade familiar, desde que atendidos os requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher; e (b) que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendam-se aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo.⁵⁰ O propósito do PGR não era, portanto, pontual como na ACP em que se estendeu aos casais homoafetivos direitos previdenciários. Ele queria que lhes fosse conferido um instituto jurídico, a união estável, e consequentemente *todos* os direitos daí decorrentes.

Em síntese, apesar da redação taxativa, o Relator sustentou seu voto na possibilidade de *interpretação* do § 3º do art. 226 da Constituição, argumentando que (I) o artigo e seus parágrafos não encerrariam lista exaustiva de entidades familiares merecedoras da proteção do Estado; (II) tratava-se de norma *emancipadora* dos muitos casais

⁵⁰ A ADI foi recebida originalmente como ADPF, mas o Presidente do STF à época, Min. Gilmar Mendes, entendeu que, como o objetivo expresso era a interpretação conforme de artigo do Código Civil, deveria ser processada como “ação de inconstitucionalidade”. A então ADI 4.277 foi encaminhada ao Min. Ayres Britto, que já era Relator da ADPF 132, em razão de regra de

prevenção e julgamento simultâneo de causas em que haja “coincidência total ou parcial de objetos”. Na verdade, o *objeto* das duas ações era tecnicamente distinto, mas o fundamento — o reconhecimento jurídico da união estável homoafetiva — era comum a ambos e se mostrava o ponto relevante da controvérsia.

heteroafetivos que estavam em união estável e, antes da Constituição Federal, em situação “clandestina” juridicamente, de modo que não poderia ser interpretada para *restringir* direitos de determinada minoria; (III) a interpretação sistemática da Constituição, especialmente das normas que garantem a liberdade, a igualdade, a dignidade da pessoa humana e vedam o preconceito, demandava que se desse aos casais homoafetivos o mesmo tratamento conferido à união estável heteroafetiva.⁵¹ A conclusão do voto foi pela *interpretação* conforme a Constituição do art. 1.723 do Código Civil - e, por extensão, do § 3º do art. 226 da própria CF, já que aquele era reprodução quase literal deste, mas isso não constou do dispositivo - de modo a “retirar-lhe qualquer leitura” que redundasse na impossibilidade de reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo.

A decisão foi *unânime*, revelando um consenso da Corte de que a situação era violadora de direitos fundamentais de parcela relevante da sociedade, e necessitava de solução pelo Poder Judiciário. Mas a *fundamentação* desta conclusão foi problemática, com divergências entre os Ministros quanto aos limites da interpretação conforme a Constituição, especialmente após

intervenção do Min. Gilmar Mendes - que em 2007 havia, como visto, manifestado que a Corte *não* estava rompendo com o *judicial self-restraint* - proclamando que, naquele caso, o Tribunal estava de forma inequívoca atuando de forma “positiva”, ou seja, como “*legislador positivo*”, em oposição à afirmação tradicional de que a Corte teria um papel apenas de legislador *negativo* na jurisdição constitucional.

Ao não assumir que estava exercendo a jurisdição constitucional sobre texto originário da Constituição, o STF não sustentou especificamente sobre a *possibilidade* de fazê-lo, como na ADI 815. Evitando esse debate, preferiu tratar o problema como uma interpretação de dispositivo do Código Civil. Todavia, apesar da retórica externada nos votos, os debates orais entre os Ministros revelaram que se tratava de inequívoca superação da norma constitucional originária.

O Relator, em síntese, fez construção tentando, de um lado, mostrar que a proibição de preconceito em razão da preferência sexual está consagrada na Constituição em dispositivos topograficamente relevantes (arts. 1º e 3º, além do preâmbulo) e “fundamentais”, consagradores de princípios estruturantes da República; de outro lado, invoca várias

⁵¹ STF, ADI 4.277, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 05/05/2011.

vezes uma liberdade “natural” e “intrínseca” do ser humano em decidir quanto à própria sexualidade. Ambos os argumentos estão muito próximos das duas vertentes da tese de Bachof, acima detalhadas, pois revelam implicitamente normas constitucionais de *status* superior, determinando o alcance e a “interpretação” de *outra* norma constitucional - o § 3º do art. 226 - e um direito transcendente e “elementar da criatura humana” que parece enquadrável no direito “suprapositivo”, que Bachof rascunhou, mas deixou de definir. Claramente o Relator buscava construir uma “coerência sistêmica” da Constituição em determinado sentido, isolando a norma “problemática” (o § 3º do art. 226).

A partir de determinado ponto do voto, o Relator passa a tratar da limitação constitucional, e começa pelo *caput* do art. 226: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. Cita, em seguida, *todos* os parágrafos do art. 226 e alguns do art. 227, que tratam de temas diversos, como adoção, coibição da violência no seio familiar, direitos iguais para filhos adotivos e naturais etc. Depois disso, concluiu que, o que é *relevante* de todo esse conjunto normativo - que o

chamou de “estrutura de linguagem prescritiva” - é a proteção à *família*.⁵² O Relator parece considerar irrelevante, neste momento, a acessoriedade hermenêutica do § 3º do art. 226 em relação ao *caput*. E segue nessa linha, lembrando uma série de dispositivos constitucionais que tratam de “família” sem qualificar o termo, como o que prevê o direito ao trabalhador do “salário-família”. Para ele, isso era um indicativo de que o legislador constituinte admitira mais de uma possibilidade de configuração da “família”, além da tradicional composição homem-mulher.

Todavia, o fato de o legislador constituinte não ter determinado, nos muitos dispositivos citados, a composição da “família” ali referida, é facilmente explicado pelo fato dele ter *definido* a família em dispositivo e capítulo próprios, justamente no art. 226 e seguintes da Constituição. O suposto “silêncio” do constituinte pode ter sido simples uso de técnica legislativa, para separar disposições normativas em um mesmo documento por temas específicos. A título de exemplo, a Constituição trata, em muitos dispositivos, de questões relativas a “eleitores” ou ao “eleitorado” (conjunto de eleitores em

⁵² “De toda essa estrutura de linguagem prescritiva (...), salta à evidência que a parte mais importante é a própria cabeça do art. 226, alusiva à instituição da família, pois somente ela — insista-se na observação — é que foi contemplada com a referida cláusula da especial proteção estatal. Mas família em seu

coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heterossexuais ou por pessoas assumidamente homoafetivas.”

determinada circunscrição), mas não entra em detalhes sobre o que se entende por esses termos, que são especificados apenas nos arts. 14 a 16, no Capítulo IV, que trata dos “Direitos Políticos”. Portanto, a referência do constituinte à “família”, sem qualificação, em vários dispositivos, não significa necessariamente a adesão a uma “diretriz do não-atrelamento da formação da família a casais heteroafetivos”, como conclui o Relator. Havia, contudo, uma rejeição à ideia de que o constituinte *não* pretendeu estender aos casais homoafetivos a proteção à “família”, o que ele poderia facilmente ter feito, deixando de especificar sua composição em termos estritamente heteroafetivos.

Ainda que tenha andado mal o constituinte originário, o fato é que a trilha seguida pelo Relator demonstra a angústia decorrente da necessidade de decidir de determinada forma, mas esbarrando em um problema real de argumentação. A dificuldade revelava que a Corte estava a *derrotar* norma constitucional *originária* com aquele julgamento, em oposição ao que já havia afirmado outras vezes - de que o produto do constituinte originário estaria fora de seu alcance fiscalizatório, enquanto Tribunal Constitucional.

O Relator prosseguiu desenhando argumento de viés *interpretativo*, asseverando que o contrário

levaria à conclusão de que o constituinte foi “preconceituoso e homofóbico”:

Assim interpretando por forma não-reducionista o conceito de família, penso que este STF fará o que lhe compete: manter a Constituição na posse do seu fundamental atributo da coerência, pois *o conceito contrário implicaria forçar o nosso Magno Texto a incorrer, ele mesmo, em discurso indisfarçavelmente preconceituoso ou homofóbico.* (grifamos)

Todavia, como ficará claro na sequência dos votos com a leitura de trechos dos debates travados na Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988, o constituinte deliberadamente *deixou* de contemplar os casais homoafetivos na proteção que conferiu à união estável e ao casamento, situação que, pela jurisprudência tradicional do STF, somente poderia ser solucionada por via de emenda constitucional - o que não impedia que se garantissem direitos civis diversos aos casais homoafetivos, como já havia ocorrido com direitos previdenciários e sucessórios, sem entrar na questão da definição de união estável.

É interessante notar que a argumentação do Min. Ayres Britto dá ao constituinte originário uma qualificação de “infalibilidade” ante a assertiva de que, de alguma forma, seu produto - a Constituição Federal - teria necessariamente de guardar uma perfeita coerência interna, argumento

que funcionaria como um vetor interpretativo, impondo a solução pela via da interpretação de quaisquer “incoerências”. Assim, a regra clara, mas injusta, foi “interpretada” para que, de forma coerente com o restante da CF/88, se alcançasse a elusiva *verdadeira* intenção do constituinte. O STF se impôs o ônus de tomar decisão heterodoxa, mas buscava caracterizar isso como um exercício interpretativo ortodoxo. A argumentação do Min. Ayres Britto é semelhante ao *softening the law*, que a literatura americana atribui especialmente a Benjamin Cardozo.⁵³ A questão aqui é que a “incoerência” que demanda a interpretação coerentista foi, ela própria, criada por um argumento autoqualificado como interpretativo, em um procedimento circular. O Relator conclui que a norma não poderia ser “interpretada” de modo a fazer com que a letra da Constituição “matasse” o seu espírito:

(...) que não se faça uso da letra da Constituição para matar o seu espírito, no fluxo de uma postura interpretativa que faz ressuscitar o mencionado *caput* do art. 175 da Constituição de 1967/69. Ou como diria Sérgio da Silva Mendes, que não se separe por um parágrafo (esse de nº 3) o que a vida uniu

pelo afeto. Numa nova metáfora, não se pode fazer rolar a cabeça do artigo 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro, pois esse tipo acanhado ou reducionista de interpretação jurídica seria o modo mais eficaz de tornar a Constituição ineficaz...⁵⁴ (grifamos)

Embora este argumento seja de difícil síntese, o trataremos aqui como “um artigo isolado da Constituição, ainda que claro e restritivo, não pode ser utilizado para mitigar direitos fundamentais que decorrem de uma interpretação sistemática da Constituição”. Por isso, antes, ele cita várias normas para fundamentar que uma interpretação *coerente* da Constituição, *caso não existisse* o § 3º do art. 226, levaria ao reconhecimento do direito à união estável homoafetiva. O argumento se aproxima bastante da admissão de hierarquia normativa *intraconstitucional*, pois, apesar de o raciocínio estar *correto* - já que de fato o § 3º do art. 226 é *anômalo* quando em cotejo com o programa constitucional garantista - ainda restaria saber o que fazer com o dispositivo constitucional que, conquanto incoerente, existe.

⁵³ GREY, Thomas C. Molecular Motions: The Holmesian Judge in Theory and Practice. William & Mary Law Review, v. 37, n. 1, p. 19–45, 1995.

⁵⁴ O Relator refere-se à Constituição brasileira de 1967, promulgada em pleno regime militar, alterada pela Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, ainda a cerca de quinze anos da redemocratização. A emenda foi promulgada

diretamente por Junta Militar, supostamente autorizada por “ato institucional”, instrumento frequente do regime. Pela norma que ficou conhecida como “Constituição de 1969”, já que a “emenda” era, na verdade, uma nova Constituição, o artigo referido pelo Relator tinha a seguinte redação: “Art. 175. A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos”.

E os Ministros evidentemente concordavam que o constituinte foi de fato *incoerente*, tanto que, unanimemente, buscaram corrigi-lo. Mas não se tem uma análise jurídica quanto à *possibilidade* de o STF verdadeiramente *modificar* o conteúdo da Constituição Federal em atividade proclamada como interpretativa. Há um salto argumentativo que passa das razões de decidir diretamente à decisão, motivada por uma situação concreta de injustiça social, sem que se analisasse a possibilidade *jurídica* do pedido, lembrando que foi justamente pela *impossibilidade* jurídica do pedido que o STF decidiu as ADI 815 e 4.097.

Na sequência, oralmente, o Min. Luiz Fux admitiu que o caso era de “ousadia judicial”, e chegou a dizer que o STF se dispôs a fazer uma “travessia” que o *legislador* não ousou fazer. A Min. Cármen Lúcia, logo depois, argumentou de forma mais direta quanto ao § 3º do art. 226. Para ela, estava claro que a norma constitucional falava em “homem e mulher”, apenas, e não havia “artifício hermenêutico” que pudesse conferir a essa locução o significado de igualar *todas* as relações, tese lançada da tribuna. Mas entendeu que a *ausência* de previsão da proteção institucional à união estável homoafetiva não impedia o seu reconhecimento, que decorreria do sistema

da Constituição, concordando com o Relator.

Em aparte do Min. Gilmar Mendes durante o voto da Min. Cármen Lúcia, esse argumento foi detalhado. O Ministro lembrou que o art. 1.723 praticamente reproduz o art. 226, § 3º, da Constituição, de modo que não seria o caso de “interpretação conforme a Constituição”. A única leitura possível do problema, para ele, seria utilizar a interpretação conforme a Constituição para “afastar a *interpretação* de que o artigo veicularia uma *vedação* a que outros tipos de união estável pudessem ser reconhecidos”. Ou seja: *o constituinte originário não amparou a união estável homoafetiva, mas não impediu que o Judiciário o fizesse*. A Corte estava a atuar como legislador positivo, por uma causa nobre, e os debates evidenciaram que a atitude foi consciente.

O Min. Joaquim Barbosa acompanhou o Relator com fundamentos bastante semelhantes, valendo explicitar que, em seu voto, deixou claro que considerava aquele tipo de julgamento como inserido no *papel precípua* de uma Corte constitucional, que teria o mister de servir de ponte entre o direito e a sociedade, especialmente quando aquele anda em descompasso com esta, como era o caso para ele: “É precisamente nessas situações que se agiganta o papel das Cortes

constitucionais, (...) as Cortes Supremas e Constitucionais devem fazer a ponte entre o mundo do Direito e a Sociedade, isto é, cumpre-lhes fazer o que ele mesmo qualifica como *bridging the gap between law and society*”.

Nos debates que se seguiram ao voto do Min. Joaquim Barbosa, o Min. Gilmar Mendes - que votaria na sequência - finalmente expressou que era *contrário* ao dogma de que o Supremo Tribunal Federal não deveria atuar como legislador positivo. Fez-lhe coro o Min. Marco Aurélio, para quem o brocardo revelava uma visão *míope* da função do STF.⁵⁵ Segundo o Min. Gilmar Mendes, o Tribunal estava claramente atuando de forma *positiva*:

Não há nenhuma dúvida de que aqui o Tribunal está assumindo um papel, ainda que provisoriamente, pode ser que o legislador venha a atuar, mas *é inequívoco que o Tribunal está dando uma resposta de caráter positivo*. Na verdade, essa afirmação — eu já tive oportunidade de destacar — tem de ser realmente relativizada diante de prestações que envolvem a produção de norma ou a produção de um mecanismo de proteção; tem de haver aí uma resposta de caráter positivo. E se o sistema, de alguma forma, falha na composição desta resposta e se o Judiciário é chamado, de alguma forma, a substituir ao próprio sistema político, óbvio que a

resposta só poderá ser esta de caráter positivo.

A manifestação que se seguiu, ainda do Min. Gilmar Mendes, é reveladora da modificação da própria compreensão da Corte de seu papel no sistema político brasileiro, pois há o reconhecimento de que o Congresso Nacional seria o foro *adequado* para aquele debate, o foro por excelência, mas que, por sua inércia, *cabia ao Judiciário atuar decisivamente suprimindo a falta de pronunciamento legislativo* sobre o assunto. De forma explícita, as *dificuldades* na obtenção da maioria parlamentar, dentro do processo democrático, para a aprovação de lei ou emenda que desse concretude a princípios constitucionais, foi utilizada como argumento para uma atuação *positiva* do STF.

Nestes debates, a questão da literalidade do § 3º do art. 226 foi novamente colocada, de forma mais franca. O Min. Gilmar Mendes aderiu à *conclusão* do julgamento, mas deixou consignado que o Tribunal precisaria definir bem o *fundamento*, sob pena de a Corte praticar um *voluntarismo* que se aproximaria bastante do *arbítrio*, com o uso indiscriminado da interpretação conforme a

⁵⁵ “Min. Gilmar Mendes – Os senhores sabem que sou um crítico muito ferrenho daquele argumento de que, quando em vez, lançamos mão: essa coisa de que não podemos fazer isto porque estamos nos comportando como legislador positivo ou coisa que

o valha. Min. Marco Aurélio – De qualquer forma, penso que essa proclamação revela visão míope quanto à atuação do Supremo” (dos debates à p. 122 do inteiro teor do acórdão).

Constituição. O diálogo revela a incômoda posição da Corte naquele julgamento. O Min. Ricardo Lewandowski disse que eles estavam ocupando um espaço que era do Congresso Nacional, mas que havia “uma espécie de inércia ou inapetência do Parlamento em regular essa matéria”. O Min. Gilmar Mendes respondeu que naquele caso havia uma “singularidade” em razão de “um tipo de inércia legislativa” e para ele isso “reivindica, então, a atuação da Corte”.⁵⁶

Apesar da admissão de que a Corte estava a superar o *judicial self-restraint*, a parte dispositiva do voto utilizou, como mecanismo decisório, a tradicional fórmula da “interpretação conforme a Constituição”, sem mencionar o § 3º do art. 226 da CF que o Código Civil apenas reproduzia. Essa conclusão, todavia, encontra ainda outros sérios obstáculos na própria jurisprudência do STF. A Corte assentou, em diversos precedentes, que a

interpretação conforme a Constituição tem limites, que “resultam tanto da expressão literal da lei, quanto da chamada vontade do legislador”. A interpretação conforme a Constituição seria, por este entendimento, apenas admissível se não configurasse “violência contra a expressão literal do texto” e se não alterasse “o significado do texto normativo, com mudança radical da própria concepção original do legislador”.⁵⁷

O Min. Ricardo Lewandowski pesquisou os debates sobre o tema na Assembleia Nacional Constituinte, e transcreveu trechos de discussões, “concluindo-se, de modo insofismável, que a união estável abrange, única e exclusivamente, pessoas de sexo distinto”, pelo menos de acordo com a “vontade” do constituinte originário - o qual o STF já havia declarado ser, na prática, *ilimitado* juridicamente, à míngua da possibilidade de ser validamente questionado no Judiciário.⁵⁸

⁵⁶ Ibidem, p. 127 a 140 do inteiro teor do acórdão.

⁵⁷ As citações são todas da própria ADPF 132 (cit.), do voto do Min. Gilmar Mendes, p. 4. A título de exemplo da jurisprudência da Corte sobre a questão: “Impossibilidade, na espécie, de se dar interpretação conforme a Constituição, pois essa técnica só é utilizável quando a norma impugnada admite, dentre as várias interpretações possíveis, uma que é compatibilize com a Carta Magna, e não quando o sentido da norma é unívoco, como sucede no caso presente” (ADI 1.344 MC, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 18/12/1995); “Interpretação conforme a Constituição: técnica de controle de constitucionalidade que encontra o limite de sua utilização no raio das possibilidades hermenêuticas de extrair do texto uma significação normativa harmônica com a Constituição” (ADI 3.046, Rel.

Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 15/04/2004).

⁵⁸ Ibidem. O Relator cita o seguinte trecho de debate na constituinte: “O SR. CONSTITUINTE GASTONE RIGHI – Finalmente a emenda do constituinte Roberto Augusto. É o art. 225 (sic), § 3º. Este parágrafo prevê: ‘Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento’. Tem-se prestado a amplos comentários jocosos, seja pela imprensa, seja pela televisão, com manifestação inclusive de grupos *gaysés* do País, porque com a ausência do artigo poder-se-ia estar entendendo que a união poderia ser feita, inclusive, entre pessoas do mesmo sexo. Isto foi divulgado, por noticiário de televisão, no *showástico*, nas revistas e jornais. O

Quase dois anos exatos após este julgamento, o Conselho Nacional de Justiça, composto por integrantes de várias carreiras jurídicas e representantes, inclusive, do Congresso Nacional, em atividade de controle externo, editou norma dispondo que os cartórios de todo o Brasil - que estavam, também, sob a fiscalização do Conselho - não poderiam recusar o registro de casamento de pessoas do mesmo sexo.⁵⁹

4. O dia seguinte: novos paradigmas para a jurisdição constitucional?

Embora o julgamento da ADPF 132 tenha representado uma ruptura sem precedentes do STF, com dogmas autoinfligidos pela Corte, com relação aos limites de sua atuação e ao alcance da jurisdição constitucional, e conquanto o *papel político* do Tribunal tenha sido substancialmente modificado, mediante as

declarações dos próprios Ministros acerca de sua concepção do próprio dever constitucional, ainda há várias decisões, *posteriores* a 2011, que se amparam nas mesmas máximas já derrotadas. Por exemplo, em julgado de 2014, decidiu-se que “o Poder Judiciário - que não dispõe de função legislativa - passaria a desempenhar atribuição que lhe é institucionalmente estranha (a de legislador positivo), usurpando, desse modo, no contexto de um sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não lhe pertence, com evidente transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes”.⁶⁰

Essa aparente recalcitrância parece indicar uma contradição entre a percepção do papel *ideal* de um juiz no sistema político brasileiro, que é de deferência ao legislador (em regra), e a necessidade de decidir *alguns* casos de

bispo Roberto Augusto, autor deste parágrafo, teve a preocupação de deixar bem definido, e se no § 3º: ‘Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento’. **Claro que nunca foi outro o desiderato desta Assembleia**, mas, para se evitar toda e qualquer malévolos interpretação deste austero texto constitucional, recomendo a V. Exa. que me permitam aprovar pelo menos uma emenda. O SR. CONSTITUINTE ROBERTO FREIRE – Isso é coação moral irresistível. O SR. PRESIDENTE (ULYSSES GUIMARÃES) – Concedo a palavra ao relator. O SR. CONSTITUINTE GERSON PERES: – A Inglaterra já casa homem com homem há muito tempo. O SR. RELATOR (BERNARDO CABRAL) – Sr. Presidente, estou de acordo. O SR. PRESIDENTE (ULYSSES GUIMARÃES) – Todos

os que estiverem de acordo permaneçam como estão. (Pausa). Aprovada (Palmas)” (grifei; segundo o Min. Ricardo Lewandowski, o debate consta do Diário da Assembleia Nacional Constituinte (Suplemento “B”), p. 209).

⁵⁹ A Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013, proposta pelo Presidente do STF e do CNJ à época, Min. Joaquim Barbosa, e adotada por uma votação de catorze contra um, é singela: “Art. 1º É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo. Art. 2º A recusa prevista no artigo 1º implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz correedor para as providências cabíveis”.

⁶⁰ STF, RE 602.890 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 11/03/2014.

forma que acaba por violar essa posição de discricção. É perceptível a enorme dificuldade que os Ministros tiveram para fundamentar seus votos. Havia, naquela situação, vários óbices jurídicos à conclusão a que a Corte chegou. Apesar disso, os Ministros se dispuseram a decidir daquela forma, corrigindo o que viam como uma situação violadora da dignidade das pessoas que compunham casais homoafetivos e que, da mesma forma que os casais compostos por homem e mulher não casados antes da promulgação da Constituição, estavam em um *limbo jurídico*.

O fundamento revela uma compreensão da Corte pela *superioridade* dos direitos fundamentais sobre normas chamadas “setoriais” da Constituição, como é o caso do § 3º do art. 226. A literatura trata com tranquilidade de uma superioridade axiológica de determinadas normas constitucionais, especialmente aquelas que garantem direitos fundamentais, mas, nesses casos, o STF lhes conferiu uma superioridade *normativa*, capaz de controlar o resultado do julgamento e determinar a derrota de norma constitucional originária periférica.

Houve inequívoca mudança de orientação quanto ao *self-restraint* tradicionalmente pregado pelas

composições anteriores do Tribunal, havendo neste julgado a verbalização, por dois Ministros, de que a vedação ao Judiciário de atuar como legislador positivo não se coaduna com o *papel* da Corte no sistema político brasileiro. Esta percepção evoluiu de forma sensível na Corte, e foi proclamada em termos bem claros por seu decano, o Min. Celso de Mello, na parte conclusiva de seu voto:

Esse protagonismo do Poder Judiciário, fortalecido pelo monopólio da última palavra de que dispõe o Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional (...), nada mais representa senão o resultado da expressiva ampliação das funções institucionais conferidas ao próprio Judiciário pela vigente Constituição, que converteu os juízes e os Tribunais em árbitros dos conflitos que se registram no domínio social e na arena política, considerado o relevantíssimo papel que se lhes cometeu, notadamente a esta Suprema Corte, em tema de jurisdição constitucional.⁶¹

Qualquer que seja a forma como se pretenda descrever essa perceptível tendência, que buscamos demonstrar com julgados que abrangem o período de 1990 a 2011, um consenso que pode ser obtido com facilidade é quanto à conveniência de que as Cortes constitucionais - e o Judiciário de maneira geral - assumam a responsabilidade pela opção feita de *tentar* alcançar, às vezes, uma justiça casuística *apesar* da regra.⁶²

⁶¹ ADPF 132 (cit.), do voto do Min. Celso de Mello, p. 48.

⁶² Posner relaciona o formalismo (argumentativo) com um ativismo judicial que não se assume como

Não está claro a partir de que ponto o STF entende que estão presentes as circunstâncias que autorizam a decisão superadora do *self-restraint*.

Tratar uma *escolha* como *dedução* do conjunto do sistema normativo, não contribui nem para que se tenha uma melhor compreensão da atividade judicial, nem para que se apure a correção da argumentação utilizada na adjudicação - já que a exigência de que as decisões judiciais sejam motivadas tem por propósito, justamente, que elas possam ser submetidas ao escrutínio da comunidade jurídica. Nesse sentido, todos convergem: “disfarçar uma *escolha* por meio de uma linguagem de *inexorabilidade* obscurece as razões da escolha e dificulta questionamentos sobre *como* ela foi feita e *se* ela poderia ter sido feita de forma diferente”.⁶³

De toda a sequência exposta, percebe-se que, embora não se conheça o próximo passo dessa modificação progressiva da percepção do STF de seu

papel institucional, pode-se concluir que, na jurisdição constitucional, a garantia de direitos fundamentais, que são percebidos pela Corte como de grande relevância social - como a garantia de pagamento rápido de dívida pública a um doente terminal e do direito de greve aos servidores públicos - e apoio popular - como assegurar a união estável de casais homoafetivos - permite a superação, ainda que episódica, do *judicial self-restraint*, inclusive no caso de norma constitucional originária percebida como incoerente com o restante da estrutura garantista da Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BACHOF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* Coimbra: Almedina, 1994

BONAVIDES, Paulo. *A Constituição aberta: temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo*

tal: “The activists denounce activism with gusto, illustrating the adage that hypocrisy is the tribute that vice pays to virtue. Chief Justice Warren never said in an opinion that he wanted to shift power from the other institutions of government to the courts in pursuit of his ethical visions. Indeed, as we shall see, activists frequently adopt the formalist style to conceal the degree to which they are asserting judicial power. Activists are ashamed to admit in public what they are about; they make you read between the lines. Although activism is respectable enough among academics today, it still is not sufficiently respectable among the general public for judges to dare to admit that they are activists; and this is the best evidence that judicial activism, 1984 model, is indeed unprincipled” (POSNER, Richard

A. The Meaning of Judicial Self-Restraint (cit.), pp. 17-18).

⁶³ Schauer, Formalism, p. 514. No original: “To disguise a choice in the language of definitional inexorability obscures that choice and thus obstructs questions of how it was made and whether it could have been made differently”. Mais adiante: “(...) mere citation of the statute as inexorably dictating the result would conceal from the litigants and from society the actual determinative factors. Insofar as we expect the reasons for a decision to be open for inspection (and that, after all, is usually the reason judges write opinions), failure to acknowledge that a choice was made can be criticized because knowing how the choice was made helps to make legitimate the products of the system” (p. 517).

- das regiões. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004
- _____. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1994
- DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978
- EPSTEIN, Lee; LANDES, William M. Was There Ever Such a Thing as Judicial Self-Restraint? *California Law Review*, n. 100, 2012
- GREY, Thomas C. *Molecular Motions: The Holmesian Judge in Theory and Practice*. *William & Mary Law Review*, v. 37, n. 1, p. 19–45, 1995
- IRONS, Peter. *A People's History of the Supreme Court*. New York: Penguin, 2006
- _____. *The Steps to the Supreme Court*. Hoboken: Wiley, 2012, pp. 11-12
- LEITER, Brian. American Legal Realism. In: GOLDING, Martin P.; EDMUNDSON, William A. (Org.). *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*. Malden: Blackwell, 2004, pp. 50-66
- LERNER, Max. *The Mind and Faith of Justice Holmes*. Boston: Little Brown, 1943
- MARANHÃO, Juliano S. A. *Positivismo jurídico lógico-inclusivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.
- MARMOR, Andrei. *Interpretation and Legal Theory*. Oxford: Hart Publishing, 2005
- _____. *Law in the Age of Pluralism*. New York: Oxford University Press, 2007
- MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003
- POSNER, Richard A. Legal Formalism, Legal Realism, and the Interpretation of Statutes and the Constitution. *Case Western Reserve Law Review*, v. 37, n. 2, p. 179–217
- _____. *Reflections on Judging*. Cambridge: Harvard University Press, 2013
- _____. The Meaning of Judicial Self-Restraint. *Indiana Law Journal*, v. 59, n. 1, p. 1–24, 1983
- _____. The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint. *California Law Review*, v. 100, n. 3, p. 519–556, 2012
- REHNQUIST, William. *The Supreme Court*. New York: Vintage (Random House), 2007
- SCHAUER, Frederick. Formalism. *Yale Law Journal*, v. 97, n. 4, p. 509–548, 1988.
- _____. *Playing by the rules: a philosophical examination of ruled-based decision-making in law and life*. Oxford: Clarendon Press, 2002.
- _____. *Thinking like a lawyer. A new introduction to legal Reasoning*. Harvard University Press, 2012.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 1999.

IMPORTÂNCIA DA REFORMA TRIBUTÁRIA BRASILEIRA PARA A EFETIVAÇÃO DA JUSTIÇA SOCIAL

Mariana Bernardes da Costa Arruda⁶⁴

RESUMO: O presente artigo tratará da importância da Reforma Tributária no Brasil como meio de promoção da Justiça Social. Esse artigo tratará de aspectos importantes da Constituição Federal Brasileira sobre a igualdade de direitos, bem como uma reforma tributária, bem elaborada e pensada pelos governantes brasileiros, poderá ajudar na diminuição das desigualdades sociais do país.

PALAVRAS-CHAVE: Reforma Tributária. Justiça Social. Constituição Federal.

ABSTRACT: This article will address the importance of Tax Reform in Brazil as a means of promoting Social Justice. This article will deal with important aspects of the Brazilian Federal Constitution on equal rights, as well as a well-designed tax reform designed and thought out by Brazilian governments can help reduce the country's social inequalities.

KEYWORDS: Tax Reform. Social Justice. Federal Constitution.

INTRODUÇÃO

O presente artigo realizará um estudo da importância de uma reforma

tributária no Brasil para a diminuição das desigualdades sociais e efetivação da justiça social. Segundo a Revista Exame, baseada no IBGE, o Brasil é o nono país mais desigual do mundo, nesse sentido:

A desigualdade brasileira continua a ocupar os primeiros lugares no ranking mundial. O IBGE mostrou nesta quinta-feira que o país é o nono mais desigual do mundo, usando dados do Banco Mundial. O Brasil está pior inclusive que Botsuana. O mais desigual é a África do Sul e a Bélgica é o mais igualitário. O Índice de Gini, que mede a concentração de rendimentos e quanto mais perto de um, pior a distribuição, ficou em 0,543 em 2019, pelos dados da Síntese dos Indicadores, uma leve queda em relação a 2018, mas perdemos terreno. Em 2012, esse mesmo índice era de 0,540. Chegamos a 0,523 em 2015, mas a recessão entre 2015 e 2016 e a recuperação seguinte mais forte para a camada mais rica da população pioraram a distribuição de renda no Brasil.⁶⁵

Para esta autora o dado da Revista Exame só mostra o quão desigual é o nosso país e com a Pandemia essa desigualdade aumentou. Com um maior número de pessoas desempregadas, esse dado ficou ainda mais alarmante.

⁶⁴ Mestre em Direito de Estado pela Universidade de São Paulo (USP), sob a orientação da Professora Doutora Anna Candida da Cunha Ferraz. Trabalhou como professora nas disciplinas de Direito Constitucional, Direito Administrativo e Introdução ao Estudo do Direito no Centro Universitário Estácio de Sá de São Paulo. Possui especialização em Direito

Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Graduada na Universidade Presbiteriana Mackenzie.

⁶⁵ Agência O Globo, Brasil é o nono país mais desigual do mundo diz IBGE. Revista Exame. Publicado em 12/11/2020.

O artigo demonstrará de que forma a Constituição Federal e diversos constitucionalistas tratam do tema da igualdade social, tão importante para essa reflexão, e apontará quais aspectos da reforma tributária são importantes para que, por meio da reforma, o Brasil deixe de ser um país tão desigual e tenha uma justiça social e tributária ideal.

A Constituição Federal e o Tema da Igualdade.

O “caput” do artigo 5º da Constituição Federal é expresso ao dispor que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”.⁶⁶

Sobre o tema da Igualdade os professores Ingo Sarlet, Luiz Marinoni e Daniel Mitidiero assim explicam no livro *Curso de Direito Constitucional*:

Igualdade e justiça são noções que guardam uma conexão íntima, que pode ser conduzida, no plano filosófico, ao pensamento grego clássico, com destaque para o pensamento de Aristóteles, quando este associa justiça e igualdade e sugere que os dois devem ser

tratados de modo igual ao passo que os diferentes devem ser tratados de modo desigual, muito embora – convém lembrar – a justiça não se esgote na igualdade nem com ela se confunde. Desde então o princípio da igualdade (e a noção de isonomia) guarda relação íntima com a noção de justiça e com as mais diversas teorizações sobre a justiça, posto que, além de outras razões que podem ser invocadas para justificar tal conexão, a justiça é sempre algo que o indivíduo vivencia, em primeira linha, de forma intersubjetiva e relativa, ou seja, na sua relação com outros indivíduos e na forma como ele próprio e os demais são tratados.

Além disso – mas também por isso mesmo –, a igualdade passou a constituir valor central para o direito constitucional contemporâneo, representando verdadeira “pedra angular” do constitucionalismo moderno, porquanto parte integrante da tradição constitucional inaugurada com as primeiras declarações de direitos e sua incorporação aos catálogos constitucionais desde o constitucionalismo de matriz liberal-burguesa.

Desde então – e cada vez mais (embora os importantes câmbios na compreensão e aplicação da noção de igualdade ao longo do tempo) –, de acordo com a oportuna dicção de José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira “o princípio da igualdade é um dos princípios estruturantes do sistema constitucional global conjugando dialecticamente as dimensões liberais e democráticas e sociais inerentes ao conceito de Estado de direito e direito social e democrático, tal como (também) o é projetado pela Constituição Federal brasileira de 1988”.⁶⁷

⁶⁶ Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

⁶⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016. p. 571-572.

Assim, conforme podemos observar dos doutrinadores supramencionados, o princípio da igualdade é basilar e guarda íntima relação direta com a justiça, razão pela qual muitas das Constituições mundo afora, além é claro da brasileira, tratam deste princípio como forma de fazer jus aos sistema constitucional global, que conjuga as dimensões liberais, democráticas e sociais, inerentes ao conceito de Estado de Direito e direito social e democrático, como lecionado por José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira.

Dessa maneira, o princípio da igualdade é de suma importância no que se refere à forma de como os cidadãos devem ser tratados, na medida de suas desigualdades, e, assim, também não poderia deixar de ser diferente com o Direito Tributário, que está intimamente e diretamente ligado à Constituição, o inciso II do artigo 150 da Carta Magna trata expressamente das limitações ao poder de tributar: “instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos.”⁶⁸

⁶⁸ Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

Assim, no Direito Tributário, a igualdade é aplicada a fim de evitar que se conceda tratamento desigual a contribuintes que se encontrem em situação equivalente.

Dessa maneira, a preocupação do legislador constituinte é prudente, na medida em que o tributo interfere diretamente no patrimônio dos cidadãos, e por isso, qualquer tratamento irregular, que vise privilegiar uns em detrimento de outros, deve ser abolido

Sobre a possibilidade de tratamento diferenciado no campo tributário, o autor Leandro Paulsen dispõe: “A diferença de tratamento entre pessoas ou situações é absolutamente presente em qualquer ramo do Direito, inclusive no tributário”,⁶⁹ dessa forma, as situações diferenciadoras no campo tributário são possíveis e apresentam-se sob a forma de imunidade, não incidência, isenção, entre outras hipóteses.

O importante nessas situações é saber em que medida o tratamento tributário diferenciado foi adotado, pois considerando que o tributo afeta, formalmente, a todos, é necessário identificar quais os critérios utilizados a diferenciar uns dos outros.

A Importância da Reforma Tributária Brasileira

⁶⁹ PAULSEN, Leandro. Curso de direito tributário: completo. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

A importância da reforma tributária brasileira surge em razão de um sistema tributário altamente complexo, no qual há uma concentração demasiada de tributação sobre o consumo, o que gera um alto custo administrativo, tanto para o contribuinte como para a administração pública.

Antes de adentrarmos a discussão sobre os tipos de impostos que apresentam os maiores custos, é importante trazer à tona o conceito de dois desses impositores impostos, começando pelo ICMS, que segundo o conceito da professora Regina Helena Costa, em seu livro *Curso de Direito Tributário Constituição e Código Tributário Nacional*, dispõe:

O ICMS é o imposto mais importante dos Estados-membros e do Distrito Federal, responsável que é pela maior parte da receita tributária desses entes.

Peculiaridade interessante desse imposto é revelada da simples leitura do art. 155: embora cuide-se de imposto de competência de entes parciais (Estados-membros e Distrito Federal), é o tributo de cuja disciplina mais amplamente se ocupa a Constituição da República.

A explicação está no fato de que o ICMS, conquanto estadual, assume feição nacional, diante da uniformidade imposta ao seu regramento, em múltiplos aspectos, competindo, aos legisladores estaduais e distrital, pouco mais que a sua instituição.

Por constituir um imposto multifásico, ostenta sistemática muito semelhante à do IPI, já estudado. Também qualifica-se como imposto indireto, assim entendido, aquele cujo ônus vai ser suportado pelo consumidor final. Trata-se do fenômeno da repercussão econômica do tributo ou transação tributária, que já nos referimos, mediante o qual o valor do imposto é embutido na mercadoria e do serviço e, assim, o contribuinte *de jure* transfere o respectivo encargo ao contribuinte *de facto* – o adquirente da mercadoria ou do serviço.⁷⁰

Ainda sobre os principais tributos que possuem a maior carga tributária, podemos também mencionar o ISSQN, que, segundo o conceito da autora mencionada, dispõe:

A primeira nota importante a demarcar o aspecto material do ISSQN é cláusula pertinente aos serviços “não compreendidos no art. 155, II”, preceito que estatui competir aos Estados-membros e ao Distrito Federal tributar, por meio do ICMS, as prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, bem como serviços de comunicação.
(...).

Assim é que podemos definir o serviço cuja prestação é tributável pelo ISSQN como a *prestação de utilidade de qualquer natureza a terceiro, efetuada em caráter onerosos, sob regime de direito privado, e que não configure*

⁷⁰ COSTA, Regina Helena. *Curso de direito tributário: Constituição e Código Tributário*

Nacional. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. p. 385-386.

*relação de emprego.*⁷¹

Hoje, no Brasil, diversos setores acabam pagando tanto o ICMS como o ISS - Um imposto seletivo monofásico, que gera cumulatividade relevante, acaba com a transparência e prejudica a competitividade das empresas. Por isso, essa questão precisa ser devidamente estudada, uma das propostas da reforma tributária é a criação de um imposto conhecido como IVA (Imposto sobre Valor Agregado) que pretende acabar com o efeito cascata de impostos que incidem sobre o consumo e produção no Brasil. Assim, além de desburocratizar o sistema tributário, o IVA também é um importante aliado no combate à sonegação.

No Brasil, a carga tributária sobre produtos e serviços é uma das mais altas do mundo, o que dificulta a concorrência e os investimentos estrangeiros no país.

Não bastassem tais fatos, essa desigualdade na tributação se mostra muito presente na questão do gênero, segundo a pesquisa PNAD contínua (Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua) de 2019, as mulheres são cerca de 51,8% da população brasileira.

Ainda segundo essa pesquisa, as mulheres recebem 22% a menos do que os homens, somando-se a essa realidade a

situação em que as mulheres se dedicam o dobro de horas aos afazeres domésticos e pessoais, em horas semanais corresponde a aproximadamente 21% do seu tempo.

Além do exposto, o sistema tributário nacional é regressivo, ou seja, onera todos os habitantes, independentemente de renda ou patrimônio, tendo como meio de aplicação os tributos indiretos (aqueles aplicados sobre o serviço ou produto), como exemplo, mencionamos anteriormente o ICMS e o ISS.

Segundo dados do relatório da Receita Federal do Brasil, nos anos de 2017 e 2018, demonstram que a tributação sobre a propriedade é de 4,58%, sobre bens e serviços é de 44,28% e sobre a renda, 21,75%.

Como mencionado anteriormente, as mulheres recebem até 22% a menos de rendimentos do que os homens. Além dessa condição desfavorável, ainda há a carga tributária, que por ser baseada no consumo, resvala de forma desproporcional sobre as mulheres.

Hoje, já sabemos existir a famosa “Pink Tax” (“Taxa Rosa”), na qual se comprovou, por meio de estudos, que os preços dos produtos femininos, similares aos dos homens, são mais caros, uma variação de 12% a 100%, considerando que,

⁷¹ COSTA, Regina Helena. *Curso de direito tributário: Constituição e Código Tributário*

Nacional. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. p. 411.

em geral, é realizada uma simples adaptação dos produtos ao biotipo ou ao estilo de vida femininos.

Assim, a reforma tributária é de suma importância para reduzir as desigualdades, não só de gênero, mas de tributação existente em produtos e serviços.

CONCLUSÃO

A partir do que foi amplamente explanado nos capítulos anteriores, podemos concluir que recai sobre grande parte da população, em especial sobre as mulheres, os impostos sobre serviços, o ISS e o ICMS são alguns dos impostos com a maior carga tributária, o que dificulta também a competitividade do Brasil no exterior, diminuindo grande parte dos investimentos que poderiam estar no território nacional.

A reforma tributária é importante para que, primeiramente, o Brasil se torne um país mais competitivo no exterior, com uma possível “extinção” de impostos do ICMS e do ISS, e a criação do IVA, haveria uma desoneração de produtos e serviços para o consumidor final, o IVA já é adotado em muitos países da União Europeia e tem demonstrado ser de grande utilidade e competitividade.

Já no que diz respeito a igualdade de gênero, na questão que se refere à tributação

de mercadorias, é um tema, infelizmente, de âmbito mundial e não apenas do Brasil, mas seria importante que os governantes, ao realizarem a reforma tributária e implantarem o IVA, também refletissem sobre a desigualdade econômica e de taxaço de produtos entre homens e mulheres. A Constituição Federal de 1988 traz uma importante reflexão sobre a questão da igualdade social, não só a de gênero, mas a de tributação, para que o país tenha um perfil mais competitivo, por isso uma reforma bem pensada e formulada é de extrema importância para o Brasil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. *Proposta de Emenda à Constituição. Texto preliminar que altera o sistema tributário nacional e dá outras providências*. Câmara dos Deputados: Brasília, 22 ago. 2017a. Disponível em: REDAÇÃO FINAL (camara.leg.br). Acesso em: 9 junho. 2021

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 29 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.

COSTA, Regina Helena. *Curso de direito tributário: Constituição e Código Tributário Nacional*. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

PAULSEN. Leandro. *Curso de direito tributário: completo*. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

PAULSEN. Leandro. *Direito tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência*. 15 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

SABBAG, Eduardo. *Manual de direito tributário*. 4 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MACHADO, Graziela c. da Silva B.; OLIVEIRA, Francisco Cardozo; MACEI, Demetrius Nichele. *O PRINCÍPIO DA IGUALDADE EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA*. Revista Jurídica, Curitiba, 2016. Disponível em: Rev-Juridica-UNICURITIBA_n.44.23.pdf . Acesso em: 9 jun. 2021.

BARBOSA, Larissa Friedrich Reinert. *REFORMA TRIBUTÁRIA E JUSTIÇA SOCIAL*. Reforma Tributária IPEA-OAB/DF, Distrito Federal. Disponível em: Reforma e justiça.pdf (ipea.gov.br). Acesso em: 9 jun. 2021

Sites:

Supremo Tribunal Federal:
<http://www.stf.jus.br>

Portal da Legislação: Home — Portal da Legislação (planalto.gov.br)

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística: Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios - PNAD | IBGE

Receita Federal do Brasil: RFB — Português (Brasil) (www.gov.br)

**CONTRIBUIÇÃO INTRODUTÓRIA
AO ESTUDO DO DIREITO
HEBRAICO¹**

Pietro Nardella Dellova²

RESUMO: O presente texto, com o escopo de Contribuição Introdutória ao Estudo do Direito Hebraico, é o resultado das aulas de Direito Hebraico Comparado (Civil e Romano) ministradas no Curso de História do Direito, da Faculdade de Direito da USP. Nossos encontros aconteceram sob as Arcadas, objetivando enriquecer o respectivo programa e, assim, oferecer aos alunos – e demais convidados – o conhecimento, ainda que em poucos encontros, dos fundamentos do Direito Hebraico, suprimindo, destarte, um vazio histórico, não apenas nos programas do Curso de Direito da USP, mas, dos principais Cursos jurídicos do Brasil.

¹ Produzido e publicado, primeiramente, na Faculdade de Direito da USP;

² Pietro Nardella-Dellova é Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense, UFF, e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da USP – Universidade de São Paulo; é Doutor e Mestre em Ciência da Religião pela PUC/SP; é Pós-graduado em Direito Civil e Processo Civil; é Pós-graduado em Literatura; é Formado em Filosofia pela FECS, e é Bacharel em Direito pela FDSBC. É membro efetivo da Comissão de Direito e Liberdade Religiosa da OAB/SP – São Paulo; Membro da Comissão de Notáveis da OAB/BC, Balneário de Camboriú, Santa Catarina; Membro da “*Accademia Napoletana per la Cultura di Napoli*”, Nápoles, Itália; Associado ao Grupo Martin Buber, de Roma, para o Diálogo entre Israelenses e Palestinos; Associado ao Grupo “*Judeus Pela Democracia*” (Israel, USA e Brasil). É Autor de vários livros, entre os quais, *Antropologia Jurídica* (2017); *Direito, Mito e Sociedade* (2021) e *Pierre Proudhon e o Direito Civil: Teorias da Propriedade como “droit d’aubaine” e como função libertária* (2021). É autor de centenas de artigos e pareceres jurídicos; é Poeta, com vários livros de Poesia publicados, e membro da UBE – União Brasileira de Escritores (São Paulo), assim como da Accademia Napoletana (Napoli). Em

PALAVRAS-CHAVE: direito hebraico, direito comparado, fontes do direito, torá, judaísmo

ABSTRACT: The present text, with the scope of an Introductory Contribution to the Study of Hebrew Law, is the result of classes on Comparative Hebrew Law (Civil and Roman) given in the History of Law Course, at the Faculty of Law at USP. Our meetings took place under the Arcades, aiming to enrich the respective program and thus offer students - and other guests, the knowledge, albeit in a few meetings, of the fundamentals of Hebrew Law, thus filling a historical void, not just in the programs from the USP Law Course, but from the main legal courses in Brazil.

KEYWORDS: Hebrew law, comparative law, sources of law, Torah, Judaism

Contexto para apresentação do tema:

2004, criou e coordenou o CPPJ – Centro de Pesquisa e Prática Jurídica “Prof. Goffredo Telles Jr.”. Em 2011 criou e coordenou o Grupo de Estudos e Pesquisas NUDAR – Teorias Críticas Aplicadas ao Direito Privado. É Vice-líder e Pesquisador do Grupo de Pesquisa TC TCLAE CNPq, e Coordenador, no mesmo Grupo, da Linha de Pesquisa “*Direito Civil Constitucional, Teorias Críticas e Educação Jurídica*”. É Pesquisador do Grupo de Pesquisa VEREDAS PUC/SP-CNPq. É Professor, desde 1990, de Literatura, Direito Civil, Filosofia, Direito Processual Civil e Direitos Humanos em vários cursos (graduação e pós-graduação), entre os quais, Universidade Federal Fluminense, Faculdade de Direito Padre Anchieta, ESA – Escola Superior da Advocacia, Pós-graduação em Direito da UNIMEP; EMERJ – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Atuou como Professor visitante (2011-2013) na Faculdade de Direito da USP, abordando o tema “Direito Hebraico Comparado”. É Pesquisador bolsista CAPES/FUNDASP no Programa de Estudos Pós-graduados da PUC/SP. Atualmente, além das atividades docentes em São Paulo e Rio de Janeiro, desenvolve estudos e pesquisas em *New York*, USA, assim como “*investigazioni criminali e civili*”, na Itália. E-mail para contato: pietrodellova2014@gmail.com.

O presente texto, com o escopo de Contribuição Introdutória ao Estudo do Direito Hebraico, é o resultado das aulas de Direito Hebraico Comparado (Civil e Romano) ministradas no Curso de História do Direito, da Faculdade de Direito da USP.³

Nossos encontros aconteceram sob as Arcadas, objetivando enriquecer o respectivo programa e, assim, oferecer aos alunos – e demais convidados - o conhecimento, ainda que em poucos encontros, dos fundamentos do Direito Hebraico, suprimindo, destarte, um vazio histórico, não apenas nos programas do Curso de Direito da USP, mas, dos principais Cursos jurídicos do Brasil.

Neste sentido, e nos limites de uma introdução (melhor seria dizer “contribuição” a uma introdução), é oferecida, aos estudiosos e ao público em geral, a síntese da referida apresentação, bem como, ao final, uma relação bibliográfica básica para o aprofundamento do tema, ou melhor, para

o contorno do tema, tendo em vista que é escassa a respectiva produção bibliográfica em língua portuguesa sobre o Direito Hebraico.

Nomenclatura e importância do tema:

O Direito Hebraico começa a se desenvolver aproximadamente há quatro mil anos (séc. XX a. e. c.)⁴, coincidindo com o povo semítico⁵, a que se refere e do qual leva o mesmo nome, ou seja, hebreus. Preferimos o nome “Direito Hebraico” por guardar peculiaridades com os hebreus, ainda que seja em muitos aspectos semelhante aos direitos de outros grupos, igualmente, semíticos, entre os quais o conhecido “Código de Hammurabi” e o menos conhecido “As Leis de Eshnunna”.

Evitamos, por isso mesmo, o nome Direito Semítico. Outrossim, evitamos, também, o nome “Direito Talmúdico” ou “Direito Judaico”. Nestes casos, por se

³ Faculdade de Direito da USP. De abril de 2011 a 2013, a partir de honroso convite do “chaver” Prof. Dr. Hélcio Madeira, titular da Cadeira de História do Direito e de Direito Romano. Chaver, em hebraico, significa amigo. A palavra deve ser lida como “rráver”;

⁴ “a.e.c.” significa “antes da era comum” e “e.c.”, era comum, como formas de datação comum judaica, tendo em vista que o calendário judaico, hoje, contando 5771 anos, é diferente daquele utilizado pelos cristãos (hoje com 2011 anos).

⁵ São chamados de povos semíticos todos os que tiveram uma origem comum em Shem (o mítico

mestreda antiguidade, um dos três filhos de Noach (nome de um mestre, igualmente mítico, de uma remota era de degelo e inundações). Shem foi considerado um tal mestre que seu nome imprimiu-se na Escola por ele deixada por longos 600 anos (ap. de 2202 a 1602 a.e.c.). É bem plausível que esta Escola de Shem “semítica” tenha influenciado na criação de vários outros sistemas ou, ao menos, fontes de Direito, como pode ser constatado em estudo comparativo. Além do embrião hebraico nesta época, e das Leis de Hammurabi, citamos, por exemplo, as Leis de Eshnunna (séc. XX a XVIII a.e.c.).

referirem, respectivamente, a um aspecto de fonte do Direito Hebraico (Talmud), e aos aspectos socioculturais judaicos (Judaísmo). Poder-se-ia dizer que Direito Hebraico é o gênero e que o Direito Talmúdico, o Direito Judaico e o Direito secular de Israel são espécies.

É um Direito que, como sói acontecer, nasce dos princípios, costumes, juízos localizados e específicos. Em especial, de grupos semíticos nômades, de estrutura tribal e de forte incidência de fatores internos – elementos intrínsecos – que determinam o cotidiano. Por isso mesmo chamado de Instrução para Vida (Torá Chayim). Mas, também, com indicações do que seria hoje o Direito Internacional ou de convivência entre povos, bem como, do Direito referente aos outros povos (Ius Gentium). São os elementos extrínsecos.

As primeiras situações, digamos, de caráter jurídico, e que estão em um contexto de Princípios, Costumes, ou Direito Oral e, por isso mesmo, chamado de Direito Consuetudinário (Tradição), dizem respeito às questões ambientais, homicídios, à privacidade – e intimidade – de moradia, à renúncia de herança, à ocupação da terra para criação de animais

e tudo o que for variável de tal ocupação como, por exemplo, demarcação de terras, conflitos de pastagem ou, em termos atuais, direito de pastagem. Dizem respeito, ainda, ao contrato de venda e compra para constituição de direito real sobre imóvel funerário, aos crimes contra a família, ao direito de expressão da mulher, ao direito de vizinhança e à utilização de água, à ordem de vocação sucessória, à remissão, ao dano moral, do direito do nascituro, respeito à prática de cultos, entre outros.

Podemos dizer que, antes mesmo de se formar como um Direito referente ao grupo dos hebreus, a tradição cultural e “jurídica” é, em senso genérico, semítica.⁶

O grupo propriamente hebreu (ivrit, ou seja, que vem do outro lado do rio) fora constituído exatamente pela chegada às terras margeadas pelo Mediterrâneo, de Avraham Ben Terach⁷, um mítico patriarca nascido na Caldéia,⁸ mais propriamente de Ur da Caldéia, um efervescente centro comercial em terras mais remotas e, a seguir, pelo nascimento de seu filho Ytzchak Ben Avraham (casado depois com Rivka) e seu neto, Ya’akov Ben Ya’akov, igualmente casado com Rahel e Leah.⁹ Todos os patriarcas e

⁶ Da mencionada Escola de Shem. De acordo com a Tradição (oral) Shem teria vivido, e sua Escola mantida, na região do Monte Moriá, atual Monte Sião (Tzion), em Jerusalém.

⁷ Aproximadamente ano 1880 a.e.c..

⁸ Hoje é, aproximadamente, o território do Iraque

⁹ Note-se, também, que as matriarcas dos hebreus, a saber, Sarah, Rivkah, Rahel e Leah, são parentes de seus maridos (primas) que viviam na mesma área deixada por Avraham, reforçando o caráter tribal e

matriarcas¹⁰ tiveram contato com a Escola de Shem, conhecida, também, como Melk Tzdek.¹¹ Assim, também, tiveram contato com tal Escola, seu filho Itzhak, e esposa Rivka e, por último, seu neto Ya'akov com esposas Rahel e Leah. É inegável a influência e importância dos grupos semíticos, genericamente considerados. Basta lembrar a importância dos Babilônios e seu legado cultural, dos Hititas e seu legado bélico e dos Hicsos¹², que governaram o Egito por um longo tempo, bem como, dos Hebreus e seu legado sociocultural. Todos de origem semítica. Desnecessário mencionar a influência dos povos semitas sobre os grupos que viviam no Mar Egeu e, a partir deles, sobre os próprios romanos.

Esse Direito, então, com raízes gerais semíticas, desenvolvendo-se com características específicas dos hebreus - o Direito propriamente Hebreu - a considerar o momento de formação patriarcal e matriarcal, durará, enquanto Direito Consuetudinário (Tradição) por 570 anos, ou seja, de 1880 a.e.c., com a

familiar; Rahel e Leah são filhas de Lavan que, por sua vez, era irmão de Rivkah.

¹⁰ É considerável a estrutura mista das famílias hebréias, formadas de “patriarca e matriarca”, igualmente, com peso decisivo.

¹¹ Melk Tzedk significa “rei de justiça” ou “ordem ou dinastia de justiça”

¹² Hoje, a região sul do Líbano e do atual Estado de Israel.

¹³ Torá escrita chama-se Torá she-Bichtav; Torá oral chama-se Torá she-be-Al-Pe.

chegada de Avraham às mencionadas terras, até 1312 a.e.c., com o registro e redação deste Direito, sua posituação e sistematização, feitos por Moshè Ben Anram, o grande legislador, sistematizador e Mestre do Direito Hebraico escrito.¹³

Pela sua importância de legislador, pedagogo e juiz, Moshè ficou conhecido ao longo dos milênios como Moshè Rabenu (Moshè nosso mestre). A este Direito positivado, posto, escrito, chamou simplesmente de Torá (Instrução).

Da Torá e outras fontes do Direito Hebraico:

Torá

A Torá, principal fonte do Direito Hebraico, teve - e ainda tem - a força de uma Constituição. Atribuída a Moshe Ben Anram (Moshè Rabenu),¹⁴ foi concebida após o processo libertário dos hebreus que se encontravam, então, como escravos dos egípcios¹⁵. Por esta ocasião, os hebreus já eram conhecidos como “ben

¹⁴ No mesmo sentido entende o Dr. A. Cohen no seu IL TALMUD. Bari: G. Laterza & Figli, 1935, pag 2. 14 Conforme a passagem de Devarim 31:23, Moshè terminou de escrever as palavras desta Torá num rolo(séfer) até o final.

¹⁵ O processo de escravização dos hebreus foi lento e eficaz. Durou 230 anos sob os egípcios. Todos os doze filhos de Ya'akov, com alguns descendentes, foram levados ao Egito e ali se multiplicaram bastante, chegando à casa dos milhares.

Yisrael” (filhos de Israel)¹⁶ ou mais comumente (mas, não correto) israelitas.¹⁷

A Torá é um rolo, chamado em hebraico de Sêfer, manuscrito desde então (faz 3323 anos).¹⁸ É o conjunto de cinco livros, chamados Chumash,¹⁹ todos interligados e interdependentes, formando um todo indivisível e, por isso mesmo, impõe uma interpretação igualmente indivisível.²⁰ Os cinco livros são nominados apenas pelas palavras iniciais com as quais iniciam. Assim:

- **Bereshit** (no princípio)
- **Shemot** (nomes)
- **Vayicrà** (e chamou)
- **Bemidbar** (no deserto)
- **Devarim** (palavras)

O cinco livros são como capítulos de um todo, tratando de questões as mais variadas, desde reflexões acerca das primeiras organizações humanas, suas fragilidades (em senso geral) e com especial foco à formação do povo hebreu, seus líderes, suas leis gerais, sua forma de governar-se, de distribuição de terras, de pagamentos de impostos, de alimentação,

de defesa, de casamento, filhos, estudos, entre tantos outros aspectos de ordem prática, de ética, de julgamentos, dos quais mencionaremos adiante alguns exemplos, sempre no mesmo caráter introdutório deste texto.

A Torá, em sua integralidade, foi escrita em um período de quarenta anos, na chamada “peregrinação” dos hebreus pelo deserto entre o Egito e as terras de Canaã. Como consta, toda a massa popular saída da escravidão egípcia acabou por morrer nesta caminhada e, por conseguinte, as gerações nascidas no deserto receberam de Moshè a orientação e instrução acerca da Constituição (Torá) a fim de a aplicarem, em muitos casos, no próprio deserto, mais objetivamente, quando viessem a ocupar suas terras e organizar sua vida privada e pública.

A Torá é a Constituição e a Educação, o seu ponto central, a formação de todo um povo. O seu estudo, aliás, estudo-exercício é o meio pelo qual se alcança a formação objetivada.

Curiosamente e, em modo distinto de outros povos antigos que, por

¹⁶ Os textos antigos não se referem a israelitas, mas, a “filhos de Israel”, como o exemplo da passagem Devarim 28:69.

¹⁷ Ben Yisrael (filhos de Israel) como menção à Ya’akov (o terceiro patriarca) que tinha, também, o nome de Yisrael (príncipe ou aquele que luta ao lado de D-us).

¹⁸ Conhecidos como livros do Pentateuco ou, de forma grosseiramente equivocada, “Velho

Testamento”. Não pode ser velho ou antigo o que se aplica desde então de forma ininterrupta.

¹⁹ Como livros do Pentateuco são chamados de Gênesis, Êxodo, Levíticos, Números e Deuteronômio.

²⁰ Todas as cópias da Torá são feitas de forma manuscrita por um profissional chamado Sôfer (escriva), excetuando, lógico, as que são impressas para efeito de estudos em salas de aula ou depósito em bibliotecas.

uma razão ou outra, perderam suas antigas leis, cultura, formação e ideário, os hebreus, isto é, os “filhos de Israel” mantiveram a Torá de modo contínuo, duradouro, em todas as situações, desde o momento em que foram ensinados até os dias atuais. Portanto, é uma cultura com fundamento constitucional em um tipo específico de legislação pedagógica (como sonhavam os gregos) atravessando mais de três mil anos.

Nem sempre os hebreus se mantiveram, enquanto povo, cultura e língua, ligados à sua terra, sofrendo várias dispersões e movimentação de pessoas ao longo da História. Dentre os vários exílios, os mais expressivamente citados são os chamados “cativeiro de Babilônia”, em torno de 586 a. e. c. e o do ano 70 e. c., quando da destruição de Jerusalém por Tito e a dispersão por várias partes do mundo, inclusive - e mais impactantemente, na Europa.

De qualquer modo, os hebreus, hoje chamados “judeus”, mantiveram sua identidade graças à manutenção da Torá e de seu respectivo ensino ou, ainda melhor, graças à simbiose entre Torá e práxis. A Torá e, por via direta, o Judaísmo, é um *modus vivendi!*

Em termos, ainda, pedagógicos, há um princípio na própria Torá que determina seu estudo e pesquisa, A vida judaica é fundamentada nos estudos de forma vertical e constante. O princípio, chamado de Mitzvá²¹ ou, no dizer de Martin Buber, palavra- princípio é “estudar e ensinar a Torá, tornando a Torá a expressão máxima da Instrução”.²²

As Escolas onde se ensina a Torá, da forma como se conhece hoje, foram inauguradas no primeiro cativeiro (escravização) dos hebreus, então, conhecidos como judeus, cerca de 586 a.e.c. As Escolas foram fundadas em vários lugares, exatamente com o objetivo de manter os estudos continuados. O primeiro lugar de reunião para este fim passou a ser chamado de Bet HaKenesset (sinagoga, no grego). E toda Sinagoga terá, quando não vários, ao menos um Sêfer Torá (rolo da Torá) em torno do qual os participantes estudam.

Há na Torá, como em qualquer legislação antiga (e contemporânea) um “processo de legitimação vertical”, envolvendo a autoridade divina. Apesar disto, não é possível dizer que a Torá será o fundamento religioso de um povo, mas, sim, de sua cultura e, na maior parte dela,

²¹ É a palavra-princípio 11/positiva. Pela ordem da Torá é a 419, in Devarim 6:7.23

²² Pietro Nardella-Dellova. A MORTE DO POETA NOS PENHASCOS E OUTROS MONÓLOGOS. Ed. Scortecci/Livraria Cultura, 2009, pág 178.

cultura humana para aplicação horizontal. Há casos, como o de Hammurabi, que foi “chamado” (ou sentiu-se chamado) pelos deuses Anum, Enlil, Shamash e Marduk, para fazer a justiça e tomar um caminho bom em seu reino, resultando no Código de Hammurabi,²³ como, também, o de Platão e, depois dele, Epicuro, que mesmo estando em face de um momento inaugural do pensamento grego, as divindades são reconhecidas e até mesmo recomendadas.

Antes deles, Heráclito de Éfeso, após terminar um trabalho filosófico, o depositou no Templo. E, por falar em Heráclito, nos ensina Gernet que a religião era a marca comum dos direitos gregos antigos. Relembremos a estreita ligação no Direito Romano original entre FAS e IVS, sendo pontual Adalácio

Coelho Nogueira²⁴ em afirmar que “o “Fas” a Lex divina, proveniente de “fari”, falar por inspiração da divindade” e, também, coexistindo, indiscriminadamente, a religião, a moral e o direito”. O mesmo autor informa que muitos outros estudiosos chegam a afirmar que a expressão IVS (ius) teria sua origem em “Iupiter, Iovis”.²⁵

O mesmo aconteceu com a Torá que, após ser encerrada, foi depositada na Arca da Aliança (de caráter sagrado) em nome de D’us.²⁶

Várias Constituições do Brasil seguiram o mesmo sentido, em menor grau, mas com a legitimação da divindade. Assim, em que pese a Torá ter um caráter divino, de autoria divina (como, de resto, as notas demonstraram acerca das Constituições brasileiras),²⁷

²³ E. Bouzon. O Código de Hammurabi. Petrópolis: 1980, p. 14.

²⁴ Adalácio Coelho Nogueira. Introdução ao Direito Romano, 1º volume. São Paulo: Forense, 1966, pp. 139-140.

²⁵ Louis Gernet. Droit et Institutions en Grèce Antique. Paris: Flammarion, 1982, p. 8.

²⁶ Grafam-se a expressão D’us ou D-us, subtraindo-se a letra “e”, pois no mundo judaico não se pronuncia o nome da divindade. Esta grafia serve para lembrar este princípio.

²⁷ A primeira Constituição do Brasil, de 25 de março de 1824, traz em seu preâmbulo, não apenas a Divindade, mas, o aspecto a que a cultura hebraica toma por politeísta do cristianismo, ou seja, a Trindade: “Constituição Política do Império do Brasil em Nome da Trindade...” (grifo nosso). Também, a quarta Constituição do Brasil, de 16 de julho de 1934, em seu preâmbulo assinala: “Nós, os representantes do Povo Brasileiro, **pondo a nossa confiança em Deus**, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para organizar

um regime democrático, que assegure à Nação a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico, decretamos e promulgamos a seguinte...” (grifo nosso). A quinta Constituição brasileira, igualmente, traz em seu preâmbulo: “Nós, os representantes do Povo brasileiro, reunidos, **sob a proteção de Deus**...” (grifo nosso). A Constituição de 1967, a sexta, de 24 de janeiro, registra em seu preâmbulo: “O Congresso Nacional, **invocando a proteção de Deus**, decreta e promulga a seguinte...” (grifo nosso). As Emendas que resultaram na sétima Constituição do Brasil, de 17 de outubro de 1969, não fugiram à regra e mantiveram em seu preâmbulo: “O Congresso Nacional, **invocando a proteção de Deus**, decreta e promulga a seguinte...” (grifo nosso). Por último, a oitava Constituição do Brasil, de 5 de outubro de 1988, mantém em seu preâmbulo: “(...)promulgamos, **sob a proteção de Deus**, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.”(grifo nosso).

não esconde, outrossim, que foi escrita por Moshè²⁸ e, no sentido humano, para aplicação em um tempo/espaço humanos. Aliás, bem mais que para aplicação ou cumprimento, serve ela como base pedagógica para todos os residentes, a fim de que tenham a consciência de existência e vida:

“Vocês devem juntar todo o povo, os homens, mulheres, crianças e estrangeiros de seus assentamentos, e que eles o ouçam. Eles assim aprenderão (...) guardando cuidadosamente todas as palavras desta Torá (...) enquanto vocês viverem na terra para a qual estão indo”²⁹

A fim de que, a partir do mesmo processo pedagógico, possa a Torá converter-se em verdadeira fonte de princípios e concebê-la de forma horizontal:

“Estes preceitos (princípios ou palavras-princípios), não estão no céu, para que digas: “quem subirá ao céu e nos trará para que possamos ouvir e observar?” Também, não estão para além do mar, para que digas: “quem cruzará o mar e os obterá para nós, para que possamos ouvi-los e guardá-los?”³⁰

A Torá escrita por Moshè, então, passa a ser o fundamento jurídico, mas,

não apenas jurídico. É uma constituição pedagógica, um elemento caracterizador e perpetuador do povo hebreu (filhos de Israel e, agora, judeus). Uma obra apreciada ao longo da História, tanto por sábios judeus, quanto por sábios gregos, como citado por Henri Cazelles acerca do historiador Hecateo de Abdera, 300 a.e.c.: “Hecateo aprecia Moisés (Moshè) e sua Legislação”.³¹

O sistema de interpretação tradicional, adotado em relação à Torá chama-se Interpretação PaRDeS³² (PRDS):

- **Peshat:** interpretação simples, literal;
- **Remez:** interpretação alusiva, alegórica;
- **Darash:** interpretação expositiva, comentada;
- **Sod:** interpretação filosófica, vertical;

Nevi'im

²⁸ Devarim 31:24.

²⁹ Devarim 31:12.

³⁰ Devarim 30:11.

³¹ Henri Cazelles. Historia Política de Israel: desde los Orígenes a Alejandro Magno. Tradujo al español

por J. Luis Sierra. Madrid: Ediciones Cristiandad, 1984, p. 23.

³² PARDES significa JARDIM.

Os Nevi'im³³ são livros escritos por verdadeiros revolucionários,³⁴ sempre em constante sintonia com as ansiedades populares, reclamando justiça e aplicação, bem como respeito, pela Torá, por parte dos governantes e, em grande medida, dos sacerdotes.

Os Nevi'im foram os verdadeiros mestres, após a morte de Moshè. Mal traduzidos como “Os Profetas”. Homens que inspirados e tocados pela situação popular, tomavam a voz, como voz do seu povo e de seu tempo, para reclamar a prática da justiça e a observância da Torá. Destacam-se figuras muito peculiares entres os vários Nevi'im, como Danyiel, levado cativo para Babilônia, Yeshayahu, Yirmiahu, entre tantos outros.

Seus escritos são utilizados como fundamento, digamos, jurídico ou doutrinário, para muitos dos arrazoados e debates.

Talmud

³³ NEVI refere-se ao orador e, por extensão, à fala, à expressão oral. Indica, então, as pessoas que, com profundo conhecimento da Torá, mas, sem que fossem autoridades sacerdotais, dirigiam-se ao povo, falavam e inspiravam. Também aqui, a tradução para “profetas” parece equivocada, pois remete à mágica de dizer o futuro. O plural é Ne'viim.

³⁴ Citamos, entre tantos “nevi'im, os mais expressivos, inclusive, em relação aos direitos sociais e aos embriões dos direitos humanos> São eles: Yeshayahu, Danyiel, Ovadiah, entre outros.

³⁵ Talmud é uma palavra derivada de “lamad” (aprender, estudar) e significa, então, aprendizado, estudo ou ensino sendo, de forma técnica, o nome dado ao conjunto da Literatura Talmúdica, conforme ensina J. Guinsburg no seu Guia Histórico da Literatura Hebraica. São Paulo: Editora

O Talmud³⁵ tem a força jurisprudencial, pois, produzido em debates acerca da própria Torá e de sua aplicação cotidiana, foi se construindo ao longo de séculos, confundindo-se com a própria Torá em muitos casos. Chamado inicialmente de Torá Oral, pois nada havia de escrito, passou a ser indicada como Talmud após ser, finalmente, compilada, entre os séculos V a.e.c. e V e.c. (era comum). O Talmud possui, praticamente, todos os assuntos, vistos e analisados, debatidos e julgados, por Mestres do mundo judaico, ou seja, Rabinos, em verdadeiros encontros dialéticos. É no Talmud que se encontra, por exemplo, o princípio ensinado por um antigo Mestre, Hillel,³⁶ quando interrogado por um não judeu acerca do “ensinar a Torá”. Princípio que serve de base para a Justiça comutativa e para a compreensão da Torá:

Perspectiva, 1977, pp. 21-37 Conf. Rabino Dr. Abraham Skorka. *Introducción al Derecho Hebreo*. 1ª ed. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 2001, p. 7.

Na verdade, o Rabino Dr. Abraham Skorka é um dos articulistas da obra citada e seu compilador. Outros artigos deste importante livro foram escritos por Dr. Antonio Boggiano (Juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación); pro Dr. Leopoldo H. Schiffrin (Juez de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata); por Prof. Nahum Rakover (Asesor de Derecho Hebreo, Ministerio de Justicia, Israel) e por Prof. Hanina Ben Menahem (Universidad Hebrea de Jerusalém, Israel).

³⁶ Hillel foi um dos mais famosos sábios da Antigüidade. Viveu na Judéia na primeira metade do século I.e.c.

“A Torá se fundamenta no seguinte princípio: não fazer ao teu próximo o que é odioso para ti mesmo – o resto é explicação. Vai e estude-a”³⁷

Assim como o princípio cunhado por Hillel, tudo no Talmud é fruto de um diálogo (ou encontro dialético). No que respeita à jurisprudência, é o resultado de debates intensos em torno dos preceitos da Torá e de sua aplicabilidade - sempre em senso de atualização.

O Talmud cumpriu exatamente três relevantes serviços para o mundo judaico.

O primeiro deles refere-se ao seu nascedouro, pois, tendo nascido fora de Israel, nos tempos do cativeiro babilônico, serviu como afirmação cultural e nacional dos judeus, então, subjugados. O Talmud nasce de estudos dialógicos e se desenvolve em dialética, inaugurando as primeiras Sinagogas (escolas judaicas) no mundo. Inicialmente, não é escrito por observância de um preceito da Torá (escrita), ou seja, o de não aumentar ou subtrair nada de seu texto, mas, ao passar do tempo foi sendo registrado, a fim de não se perder nada daquilo que os Mestres ensinavam ou das conclusões dos

ensinamentos. Com estes debates, os judeus mantiveram-se *vivos e unidos em torno do ideal nacional*, pois, a ideia de Torá, seu estudo e aplicação cotidiana, marcavam a característica fundamental de tal unidade, como se depreende da seguinte passagem:

“...Israel, hoje te tornastes uma nação...Tu deves portanto, ... guardar os princípios e os decretos...”³⁸

A par disso, ainda, estabeleceu as bases da interpretação dialética, tendo em vista que os debates ocorriam entre Mestres. Lembra Guinsburg, “a forma como desenvolvem suas exegeses preceituais – a dialética *sensu stricto*, a técnica da pergunta e da resposta, da prova e da contraprova, as argumentações às vezes tão cheias de argúcias, sutilezas e sofismas, cristalizam-se nela”,³⁹ transformando as *Ieshivot*⁴⁰ em centros de debates talmúdicos.

E, por último, fará que a Torá imutável seja, ao menos, atualizável e, a cada debate, sempre em torno dos preceitos da Torá, conclui-se pela sua aplicação de uma forma ou de outra em ritmo de contemporaneidade. Por isso, este terceiro aspecto consagra, vez por todas, o Talmud como conjunto

³⁷ Talmud: B. Shabat 31a .

³⁸ Devarim 27: 9,10.

³⁹ J. Guinsburg, Op. Cit., p. 25-26.

⁴⁰ Escolas de formação rabínica.

jurisprudenciário, rico em todos os sentidos, principalmente por ter sido concebido ao longo de quase mil anos. Finalmente, o Talmud constitui, hoje, um acervo de pesquisa e fonte inesgotável de sabedoria, cultura e jurisprudência, cujo fundamento é a Torá Escrita, a Torá de Moshè “rabenu”.

Literatura de Responsa

A Literatura de *Responsa* é o conjunto das respostas rabínicas às perguntas que foram feitas em cada uma das situações ou vicissitudes vividas pelos judeus ao limite de um embate sociocultural, bem como jurídico, desde a Idade Média até a atualidade.

Comumente, conforme o Rabino Dr. Abraham Skorka,⁴¹ “tais textos foram produzidos para facilitar o diálogo entre o jurídico, a misericórdia e os dramas existenciais do homem”, fundamento essencial do Judaísmo.

Halakhah

A expressão Halakhah, cujo significado é “*o caminho pelo qual se anda*” refere-se propriamente ao Direito Hebraico tradicional, sendo uma compilação

respeitante tanto às leis que regulam as relações interpessoais (leis civis e penais) quanto àquelas de caráter divino (leis da prática judaica). Na prática, como explica o Rabino Hayim Halevt Donin, o termo Halakhah “é abrangente para se referir à Lei Judaica, incluso aí, também, a decisão final sobre quaisquer assuntos”⁴².

É, digamos, uma tentativa de compilação cuja base é a Torá, o Talmud, os Responsa e os Comentários feitos por grandes autoridades rabínicas. Característica fundamental da Halakhah é o trato das obrigações, sejam de caráter ético, como da prática judaica, bem como questões civis e criminais. Apesar desta abrangência, a Halakhah admite debates, polêmica, interpretações e aplicação secular.

Legislação, Sistema Judicial e Tribunais Rabínicos, pós 1948

Legislação básica

Mantendo ainda as tradições criadas pelos longos anos de exílio, bem como a Sabedoria do Talmud, Regramento da Halakhah e Decisões da Literatura de Responsa e, sobretudo, a

⁴¹ Rabino Dr. Abraham Skorka. Op. Cit., p. 8.

⁴² Rabino Hayim Halevy Donin. O SER JUDEU: selecionado e compilado do Shulhan Arukh e da

Literatura de Responsa, oferecendo uma exposição racional das leis e tradições judaicas. Tradução de Rafael Fisch. Hebrew Publishing, 1985, pp. 39-40

práxis da Torá, os judeus, finalmente, declararam sua Independência em 1948, com reconhecimento e base jurídica da ONU.

E como Estado democrático, passou, então, a construir seu sistema jurídico, conforme segue:

- Lei de Transição, de 1948, prescrevendo os poderes do Presidente, do Legislativo e do Governo, apontando os primeiros dispositivos da Constituição, da competência do Keneset, das terras de Israel, com absorção dos Direitos Humanos internacionalmente aceitos, sistema judicial, forças de defesa de Israel;
- Direito Administrativo, de 1948;
- Lei do Retorno, de 1950;
- Lei de Igualdade de Direitos para a Mulher, de 1951;
- Lei de Nacionalidade, de 1952, tratando, também, da naturalização de não judeus;
- Lei dos Magistrados, de 1953;
- Lei dos Tribunais, de 1969;
- Lei de Contratos, de 1970;
- Oficina de Ombudsman do Estado, de 1971, como ponto inicial de Controle do Estado.

Sistema Judicial:

Criou-se em Israel um sistema Judicial independente dos Poderes Executivo e Legislativo, tendo a Corte Suprema em Jerusalém, com jurisdição nacional. É a Corte das Apelações em face das Decisões dos Tribunais inferiores. Foram criados Juizados especiais para tratarem de assuntos menores e descongestionar os Tribunais regulares. Ainda, dentro de uma concepção judicial, existem Magistrados e Tribunais distritais com jurisdição sobre casos civis e criminais, Tribunais Juvenis, Tribunais de tráfico, Tribunais de Apelações Municipais, Tribunais Tribais Beduínos, Tribunais Militares, Tribunais do Trabalho. Qualquer pessoa, independente de advogado, pode apresentar sua defesa nos Tribunais israelenses. As questões referentes ao estado de pessoa, como, por exemplo, que envolvam casamento, divórcio, guarda dos filhos, adoção, são de competência das Cortes religiosas e, conforme a pessoa, recaem nas Cortes Rabínicas, Cortes Muçulmanas, Cortes Drusas e nas Cortes das nove comunidades cristãs reconhecidas.⁴³ Todas as decisões, sejam ou não de Cortes religiosas, são submetidas à Suprema Corte.⁴⁴

⁴³ Janán Sher, Moshè Aumann e Jana Palti. Facts About Israel. Keter Press Enterprises, 1967, pp. 105-107.

⁴⁴ Rabino Dr. Abraham Skorka. Idem, p. 99 e ss.

Aspectos exemplares da contribuição do Direito Hebraico

Apesar do desenvolvimento contínuo da cultura e sociedade judaicas, da grande riqueza jurídica desde os tempos antigos até a atualidade, a Torá continua sendo, sempre, a base fundamental, o manto constitutivo da sociedade e dos indivíduos a ela relacionados.

Mas, em que pese a forte influência do pensamento grego e do Direito Romano, bem como, do Direito Canônico sobre os sistemas jurídicos ocidentais, o Direito Hebraico, igualmente, contribuiu para a formação do pensamento e de muitos dos institutos, sejam legais, análogos, principiológicos ou sistêmicos.

Daí o porquê citaremos as muitas (embora, dado o caráter introdutório do presente texto, não todas) passagens da Torá que contribuíram com a civilização ocidental e seu sistema jurídico.

Os exemplos são os seguintes:

- Discernimento pedagógico entre atos bons e atos maus, decisões boas e decisões más, experiências boas e experiências más, em Bereshit 2:9;
- O conceito de autoridade corrupta,

em Bereshit 6: 4;

- Fundamentos de um Direito Internacional, em Bereshit 9; e, ainda, em Devarim 23: 8-9;
- Renúncia à sucessão, em Bereshit 12: 1;
- A ideia básica de reforma agrária, direito de pastagem e pontos demarcatórios, em Bereshit 13: 8; e Direito de “ação” demarcatória em Devarim 19:14;
- O estabelecimento da primeira Escola (Shem/Melk-Tzedk) para estudo, em Bereshit 14:18;
- Direito à retificação do nome, em Bereshit 17: 5 e 17:15;
- O conceito de Pátrio Poder em caráter protetivo e não como poder de vida emorte sobre os filhos, em Bereshit 22: 12;
- Reflexões sobre a Justiça, em Bereshit 18: 23-32;
- Direito de escolha da mulher, em Bereshit 24: 57-58;
- Direito ao nome, em Bereshit 1:1;
- Direito à vida, em Shemot 2: 17;
- Direito à resistência contra a opressão e escravidão, em Shemot 2: 23 e ss;
- Direito à liberdade, em Shemot 2:23; Devarim 23:16-17;
- Direito à devida indenização por serviços prestados em

- escravidão, em Shemot 11:2;
- Fundamentos de um Judiciário eficaz, em Shemot 18:15-26;
 - Descanso semanal, em Shemot 20: 8 e ss;
 - Bases de Estatuto de Família (respeito aos pais), em Shemot 20:12;
 - Homicídio, em Shemot 20:13;
 - Roubo, em Shemot 20:13;
 - Prova testemunhal, em Shemot 20:13; e em Devarim 19:15-19; 24:16;
 - Leis sobre escravidão, em Shemot 21: 1 e ss;
 - Seqüestro, em Shemot 21:16; Devarim 24:7;
 - Lesão e Indenização, em Shemot 21:18 e ss;
 - Responsabilidade Civil e Criminal em relação a danos causados por animais, em Shemot 21: 28-32; e em pessoas, vide em Devarim 19: 20-21;
 - Indenização e direito de pastagem, em Shemot 22: 4;
 - Responsabilidade por fogo, em Shemot 22: 5;
 - Comodato e Locação de coisas, em Shemot 22:13-14;
 - Mútuo e Garantia real, em Shemot 22:24-26 e em Devarim 15: 7 e ss;
 - Penhor por empréstimo, em Devarim 24: 10-13;
 - Justiça comum para todos, inclusive para o estrangeiro, em Shemot 23 1-3 e 23:6-9; Vayicrá 19: 11-15; Devarim 16: 18-20; 17:8-13;
 - Restituição de animais perdidos, ainda que do inimigo, em Shemot 23: 4;
 - Uso e exploração do solo, em Shemot 23:10 e Vayicrá 19:23-25;
 - A proibição de embriaguez em serviços públicos, a fim de haver discernimento nas decisões, em Vayicrá 10:8-11;
 - Direito da mulher em proteger-se (do marido) após o parto e em dias subsequentes (não disponível), em Vayicrá 12:1-2;
 - Proteção da mulher (menstruada e com colo do útero aberto) contra o marido (indisponível), em Vayicrá 15: 19 e ss;
 - Direito ao serviço público médico-farmacêutico, em Vayicrá 13: 1-59 e 14:1-57; (idem para higiene pública);
 - Leis sexuais (entre parentes), em Vayicrá 18: 1 e ss;
 - Pagamento correto do salário do empregado, em Vayicrá 19:13; Devarim 24:14-15;
 - Contra a difamação (ou falsas

- notícias), em Vayicrá 19:16;
- Contra a omissão (culpa), em Vayicrá 19:16;
- Contra a exploração da fé pública, em Vayicrá 19:26;
- Direito do Idoso, em Vayicrá 19:32; e da Viúva, em Devarim 10:18;
- Estatuto do Estrangeiro (igualdade), em Vayicrá 19:33-34; Devarim 10:18-19;
- Ainda, mais direitos do Órfão, Estrangeiro e Viúvas, em Devarim 24: 17-18;
- Pesos e Medidas, Vayicrá 19:35-36; Devarim 25: 13-16;
- Proteção aos filhos, naturais ou estrangeiros, em Vayicrá 20:1-5; e do Órfão em Devarim 10: 18;
- Fundamentos da indignidade, em Vayicrá 20:9-12;
- Jubileu (remissão geral), em Vayicrá 25: 1 e ss;
- Solidariedade (natural ou estrangeiro), em Vayicrá 25: 35;
- Proibição de Juros, em Vayicrá 25: 36-37; Devarim 23:20-21;
- Direito ao voto e a decisões importantes por parte do povo, Devarim 1:13;
- Proibição de estelionatários religiosos de falarem ao público, em Devarim 13: 2e ss;
- Proibição de ferir ou dispor partes do corpo, em Devarim 14: 1;
- Proibição de alimentar-se de animais não comestíveis, em Devarim 14: 3 e ss;
- Direito Tributário, em Bemidbar 18:8-17 e Devarim 14: 22 e ss;
- Fundo de combate e erradicação da pobreza, em Devarim 14: 28 e ss;
- Remissão (perdão) das dívidas ao final de sete anos, em Devarim 15: 1 e ss;
- Direito Político e Governo, em Devarim 17: 14 e ss;
- Curandeirismos e Estelionatários religiosos, em Devarim 18:9-14;
- Homicídio culposo e direito de refugiar-se, em Devarim 19 4-7;
- Homicídio doloso e qualificado, em Devarim 19: 11-13;
- Homicídio não solucionado, em Devarim 21: 1 e ss;
- Direito Militar, em Devarim 20: 1-9;
- Meio Ambiente e Limpeza (esgoto e saneamento), Devarim 23:13-15;
- Direito de fuga dos escravos, em Devarim 23:16-17;
- Direito ao “furto” de necessidade alimentar, em Devarim 23:25-26;
- Direito ao Divórcio, em Devarim 24: 1-4;
- Direito à Educação de todos

(mulheres, homens, crianças, estrangeiros), em Devarim 31: 12;

Em todos os casos exemplares acima há um conceito básico ou, diríamos, um princípio norteador que se encontra nas primeiras letras da Torá. O princípio pelo qual tudo está organizado a partir de duas forças complementares, inclinações boas e inclinações más. Em hebraico, respectivamente, “ietzer hatov” e “ietzer hará”.⁴⁵

O sistema civil ou criminal, político ou educacional e o dever de estudar e aplicar a Torá baseiam-se no pensamento judaico, neste princípio que não é excludente, ou seja, o princípio do “ietzer hatov” não exclui o do “ietzer hará”, mas, necessários, completam o processo de formação humana. A visão apreendida a partir da Torá, dos Nevi'im, do Talmud, da Literatura de Respona, da Halakhah e na milenar insistência de um modelo judicial eficaz, baseia-se neste aspecto, isto é, no conceito de inclinações. Assim, quanto mais alguém estudar e praticar a Torá, pelo ponto de vista judaico, conseguirá superar a inclinação negativa (e natural) e valorizar, fortalecendo, a inclinação positiva (igualmente natural).

O encontro entre estudo e praxis desenvolve, neste sentido, a proatividade. Em outras palavras, a atitude decisória sobre quaisquer atos da vida baseada em profunda consciência.

Por isso mesmo, não há, em face da Torá, um mundo dual onde as forças de um “Bem” estão em luta contra as forças de um “Mal”. O que se depreende é a necessária compreensão de um mundo integral que resultará em decisões e atitudes. Chamaríamos de atitudes de bondade e atitudes de maldade (atos bons e atos maus).

Neste sentido, os seres humanos são inclinados a tais atos e, podem, em processo decisório proativo cotidiano, experienciar e acentuar um e outro. Reproduzo aqui um aspecto de estudo anterior.

“Nada há nada, então, para além do homem e da mulher, que seja bom ou mau. Não há substância ou personificação do bem e do mal. Nada há, seja real, ficcional ou virtual, que possa ocupar-se das inclinações exclusivamente humanas, apenas (e tão somente) a própria experiência humana, fundamentada no livre-arbítrio, ou seja, nos julgamentos e decisões que impulsionam o homem adiante ou atrasam morbidamente.

⁴⁵ Princípio pelo qual todas as coisas estão relacionadas com a árvore do conhecimento (aprofundamento) do bem e do mal (ietzer hatov e

ietzer hará). O mito da árvore do conhecimento do bem e do mal encontra-se em Bereshit.

Reflitamos sobre o insuperável mito edênico da árvore do conhecimento do bem e do mal, no livro de Bereshit, Torá. Na verdade, no texto hebraico, a melhor tradução seria “árvore do aprofundamento no bem e no mal” ou, simplesmente, “árvore da experiência com o bem e com o mal”, cuja mensagem primordial é o das inclinações para o bem e para o mal. Ietzer hatov e ietzer hará.

Bom ou mau são categorias morais (de movimento). Bem ou mal (nada de letras maiúsculas) são categorias indicativas e éticas (de comportamento). Movimento e comportamento, indicados pelo livre-arbítrio, traduzem a diferença, aliás, a única diferença entre seres humanos e outros seres da natureza! Portanto, é no comportamento, na atitude, na realização continuada, na resposta face ao dia-a-dia, na maneira de abordar uma situação ou nos critérios de julgamento profissional, jurídico, familiar, religioso, empresarial, econômico, financeiro, acadêmico e social, que verificamos, de modo inequívoco, o nível do ietzer hatov ou de ietzer hará, de uma determinada pessoa!

Quanto mais envolvida com práticas negativas e alheia a princípios bons, tanto mais as atitudes e os critérios de ação de uma pessoa serão negativos ou desprovidos de lastro moral ou ético bons.

Em outras palavras, a prática constante de atos maus, cria o ambiente propício para a formação de uma pessoa que, no tempo-espaço, não terá recursos para decidir e agir pelo bem. E no universo do ietzer hatov e ietzer hará vale a graduação.

Não importa qual seja o ato ou atitude para o mal ou para o bem. Seja o ato de cortar uma flor, de esmagar um inseto, manter peixinhos em aquários, de responder rispidamente, de faltar a um compromisso, de lançar um papel de bala à via pública, de mencionar o nome de alguém ausente; seja o de destruir florestas inteiras, atirar uma pedra contra um passarinho ou prendê-lo em gaiolas, matar golfinhos ou baleias, difamar ou desmoralizar uma pessoa, descumprir um contrato ou obrigação, lançar produtos químicos na terra, ar ou água, ou caluniar alguém; seja destruir o planeta, matar uma pessoa (em todos os sentidos) ou não se importar com o que ocorre ao redor, ou qualquer outro ato e atitude negativos, tudo - tudo mesmo - está ligado em uma linha de graduação do comportamento para o mal ou de comportamento mau.

Lançar o papel de bala à via pública ou lançar produtos químicos nos rios, terra ou atmosfera, é a mesma coisa. Esmagar o inseto, prender um passarinho ou manter no aquário um peixinho e matar uma pessoa, dizimar espécimes ou

matar golfinhos e baleias, é a mesma coisa! Mencionar o nome de uma pessoa ausente, difamar outra, caluniar uma terceira e matar alguém, é a mesma coisa! Comer hambúrguer com os dentes cheios de pão e carne é a mesma coisa que consentir que milhares de animais sejam maltratados, violentados, torturados e mortos com crueldade!

Seja o ato de não jogar sementes das frutas que comemos no lixo ou investir no replantio de florestas inteiras, é a mesma coisa! Não ligar um carro desnecessariamente é a mesma coisa que plantar uma árvore. Salvar uma abelha que caiu no copo de suco e proibir a caça de qualquer animal em qualquer tempo, é a mesma coisa. Ser criterioso com o destino das coisas que não nos interessam é a mesma coisa que não destruir o planeta inteiro. Não falar o nome de alguém ausente é a mesma coisa que propiciar a vida das pessoas. E cumprir a obrigação cotidiana vale mais que reclamar no Judiciário! Qualquer ato ou atitude de caráter benéfico está ligado a um ambiente de *ietzer hatov*, de comportamento para o bem ou, simplesmente, comportamento bom.

Assim, quanto mais tempo alguém viver comportamentos negativos em

qualquer graduação, mais difícil será a experiência como bem ou experiência boa. Quanto mais tempo alguém viver e experimentar atitudes boas ou para o bem, em qualquer graduação, mais difícil será que se encontre em um ambiente maléfico ou negativo.”⁴⁶

No fundo este tripé proveniente da Torá: princípios, estudo e justiça (respectivamente, *Mitzvá*, *Darosh* *Darash* e *Mishpat*) são os fundamentos eficazes para a compreensão, e superação, das inclinações *ietzer hatov* e *ietzer hará*.

Indicação de bibliografia básica para aprofundamento do tema

ASHERI, Michael. O JUDAÍSMO VIVO (as tradições e as leis dos judeus praticantes). Tradução de José de Octavio de Aguiar Abreu. Rio de Janeiro: Imago, 1987.

BELKIN, Samuel. A FILOSOFIA DO TALMUD (o caráter sagrado da vida humana na teocracia democrática judaica). Tradução de Beatriz Telles Rudge e Derval Junqueira de Aquino Neto. São Paulo: Sêfer Editora, 2003.

BENTWICH, Norman. GLI EBREI NEL NOSTRO TEMPO: lo sviluppo Della vita ebraica nel mondo moderno. Traduzione di Lia Moggi. Firenze: Sansoni, 1963.

BOUZON, Emanuel. AS CARTAS DE HAMMURABI. Petrópolis: Vozes, 1986.

BOUZON, Emanuel. AS LEIS DE ESHNUNNA: Introdução; Texto

⁴⁶ Pietro Nardella-Dellova, *Idem*, pp. 169-172.

cuneiforme em transcrição; Tradução do original cuneiforme e Comentários. Petrópolis: Vozes, 1981.

BOUZON, Emanuel. O CÓDIGO DE HAMMURABI. Petrópolis: Vozes, 1980.

BUBER, Martin. CAMINOS DE UTOPIA. Traducción de J. Rovira Armengol. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1987.

BUBER, Martin. EU E TU. Introdução e tradução de Newton Aquiles Von Zuben. São Paulo: Cortez & Moraes, 1974.

BUBER, Martin. IL CAMMINO DEL GIUSTO. Traduzione di Teresa Franzoni. Milano: Piero Gribaudi Edit., 1999.

BUBER, Martin. IL CAMMINO DELL'UOMO. Traduzione di Gianfranco Bonola, Magnano: Edizione Qiqajon, 1990.

BUBER, Martin. IMAGENS DO BEM E DO MAL. Tradução de Edgar Orth. Petrópolis: Vozes, 1992.

BUBER, Martin. LE STORIE DI RABBI NACHMAN. Traduzione di Maria Luisa Milazzo. Parma: Ugo Guanda Editore, 1995.

BUBER, Martin. MOSÈ. Traduzione di Pier Cesare Bori. Genova: C. Ed. Marietti, 2000.

BUBER, Martin. QUE ES EL HOMBRE? Traducido por Eugenio Imaz. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1954.

BUBER, Martin. SOCIALISMO UTÓPICO. Tradução de Geraldo Gerson de Souza. São Paulo: Perspectiva, 1971.

BULGARELLI, Waldirio. O KIBUTZ E A ENTIDADE COOPERATIVA. São Paulo: Secretaria de Agricultura de SP, 1964.

CAZELLES, Henri. HISTORIA POLITICA DE ISRAEL: desde los Orígenes a Alejandro Magno. Trad. J. Luis Sierra. Madrid: Ediciones Cristiandad, 1984.

COHEN, Dr. A.. IL TALMUD. Bari: Laterza & Figli, 1935.

COHN, Haim. O JULGAMENTO E MORTE DE JESUS. Trad. Henrique de Araujo Mesquita. Rio de Janeiro: Imago, 1994.

COHN-SHERBOK, Dan. STORIA DELL'ANTISEMITISMO. Traduzione di Roberto Lanzi. Roma: Newton & Compton Editori, 2005.

DELLOVA, Pietro Nardella. A MORTE DO POETA NOS PENHASCOS E OUTROS MONÓLOGOS. Ed. Scortecci/Livraria Cultura, 2009.

Dagoberto Mensch. São Paulo: Maayanot/UNESCO, 2001.

DONIN, Rabino Hayim Halevy. O SER JUDEU. Trad. Rafael Fisch. Jerusalém: Hebrew Publishing Company, 1985.

EISENSTADT, S. N.. SOCIEDADE ISRAELENSE. Tradução Perspectiva. São Paulo: Perspectiva, 1977.

FROMM, Erick. O ANTIGO TESTAMENTO: UMA INTERPRETAÇÃO RADICAL. Tradução de Roselene Silva. São Paulo: Fonte Editorial, 2005.

FUKS, Saul (org.), SORJ, Bernardo et alii. TRIBUNAL DA HISTÓRIA. Rio de Janeiro: Relume, 2005.

GERNET, Louis. DROIT ET INSTITUTIONS EN GRÈCE ANTIQUE. Paris : Flammarion, 1982.

- GOLDBERG, Jacob Pinheiro. JUDAÍSMOS: ÉTICO E NÃO ÉTNICO. São Paulo: SefaradEditorial, 1997.
- GUINSBURG, J. (direção), DINUR, Ben-Zion et alii. VIDA E VALORES DO POVO JUDEU. São Paulo: Perspectiva, 1999.
- GUINSBURG, J.. GUIA HISTÓRICO DA LITERATURA HEBRAICA. São Paulo: Perspectiva, 1977.
- GUINSBURG, J.. O JUDEU E A MODERNIDADE. São Paulo: Perspectiva, 1970.
- GUINSBURG, Jacó e ORTIZ, Carlos. ANTOLOGIA JUDAICA (era rabínica e moderna). São Paulo: Ed. Rampa, 1948.
- HERZL, Theodor. O ESTADO JUDEU. Trad. Brasileira. São Paulo: Org. Pioneira, 1949.
- HOURANI, Albert. UMA HISTÓRIA DOS POVOS ÁRABES. Tradução de Marcos Santarrita. São Paulo: Cia das Letras, 2001.
- JOSEFO, Flavio. GUERRA DE LOS JUDIOS Y DESTRUCCIÓN DEL TEMPLO Y CIUDAD DE JERUSALÉN. Traducción de Juan Martín Cordero. Barcelona: Ed. Iberia, 1948.
- KITR, Sché. LA HISTADRUT. Buenos Aires: Ejecutivo Sudamericano, 1979;
- KLIKSBERG, Bernardo. A JUSTIÇA SOCIAL: UMA VISÃO JUDAICA. Editora Maayanot.
- LEICK, Gwendolyn. MESOPOTÂMIA: A INVENÇÃO DA CIDADE. Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Imago, 2003.
- LEVI, Abramo. NOI EBREI. Roma: Casa Editrice Pinciana, 1937.
- LEWISOHN, Ludwig. QUE ES LA HERENCIA JUDIA. Version di Gregorio Aráoz. Buenos Aires: Edit. Paidós, 1965.
- LUZZATTO, Mosè Chajjim. IL SENTIERO DEI GIUSTI. Introduzione, Traduzione e note di Massimo Giuliani. Torino: Edizioni San Paolo, 2000.
- MAIMONIDE. M.. LE 613 MITZVÒT: a cura di Moise Levy. Roma: Ed. Lamed, 2002.
- NANGERONI, Alessandro. LA FILOSOFIA EBRAICA. Milano: Xenia Edizioni, 2000.
- NOGUEIRA, Adalício Coelho. INTRODUÇÃO AO DIREITO ROMANO. 1º vol.. São Paulo: Forense, 1966.
- PACIFICI, Riccardo. MIDRASHIM: Fatti e Personaggi Biblici. Milano: Casa Ed. Marietti, 1997.
- RASHI. CHUMASH. Trad. Brasileira. 5 volumes. São Paulo: Trejger, 1993.
- REHFELD, Walter I.. NAS SENDAS DO JUDAÍSMO. São Paulo: Perspectiva, 2003.
- SHATZKY, Jacob. COMUNIDADES JUDIAS EM LATINOAMERICA. Buenos Aires: American Jewish Committee, 1952.
- SHER, Hanan, AUMANN, Moshè e PALTÍ, Channa. FACTS ABOUT ISRAEL. Jerusalém: Keter Press, 1967.
- SKORKA, Rabino Dr. Abraham et alii. INTRODUCCIÓN AL DERECHO HEBREO. Argentina: Edit. Univ. de Buenos Aires, 2001.
- SZPICZKOWSKI, Ana. EDUCAÇÃO E TALMUD: uma releitura da Ética dos Pais. São Paulo: Humanitas/FAPESP, 2002.

TANAKH: THE HOLY SCRIPTURES (Torah, Nevi'im, Kethuvim). Philadelphia: Jewish Publication Society, 1985.

TORAH. (A Torá Viva). Tradução de Rabino Aryeh Kaplan (e do inglês por Adolpho Wasserman). São Paulo, Maayanot, 2002.

TORAH. (Bibbia Ebraica) a cura di Rav Dario Disegni. Pentateuco e Haftaroht. Firenze: Giuntina, 2005.

TORAH. (La Toráh): interlineal hebreo-español. Traducción literal al castellano del texto hebreo del Códice de Leningrado por Ricarco Cerni. Zaragoza: Libros Certeza, 2005.

WEGENER, G. S.. SEIMILA ANNI E UN LIBRO. Traduzione italiana del Prof. Giovanni Maria Merlo. Casale: C. Edit. J. G. Onken, 1965.

**AFINAL, O QUE É POLÍTICA? -
ESTUDOS SOB A PERSPECTIVA DA
CIÊNCIA POLÍTICA PARA
ESTUDANTES DE DIREITO**

Paulo Roberto Cunha¹

RESUMO: Este artigo inaugura uma série de análises sobre temas essenciais da Ciência Política, voltados a estudantes e profissionais do Direito. O objetivo é apresentar, de forma analítica, os principais significados da palavra política e suas origens.

PALAVRAS-CHAVE: política, Ciência Política e Direito.

ABSTRACT: This article inaugurates a series of analyzes about essential themes of Political Science aimed law students and legal professionals. The objective is to present, in an analytical way, the main meanings of the word politics and its origins.

KEYWORDS: politics, Political Science e Law.

RESUME : Cet article inaugure une série d'analyses sur des thèmes essentiels de la Science Politique qui intéressent des étudiants et des professionnels du droit. L'objectif est de présenter, de manière analytique, les principaux sens du mot politique et ses origines.

MOTS-CLES : politique, science politique et droit.

INTRODUÇÃO

Em um periódico de grande circulação, a jornalista Girardi (2012) escreveu sobre o direito à terra das comunidades indígenas e ribeirinhas, e seu avanço a partir da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, também chamada de Eco-92 ou Rio-92. Segundo a repórter, um estudo “*avaliou a evolução, desde 1992, da criação de políticas de acesso à terra*” (grifo nosso).

O que se entende pela palavra “política” empregada nesse informe?

Na edição de 10 de dezembro de 2020, do mesmo jornal, o colunista Waak (2020) analisou a incapacidade do então presidente da República Federativa do Brasil para uma série de assuntos importantes. O jornalista classificou a “*política externa*” do referido mandatário como “*prejudicial aos interesses nacionais*”, lembrou que na “*questão das políticas ambientais*, [o presidente] conseguiu criar uma inédita coligação doméstica e externa contra ele” e que a “*articulação política* [do presidente] resultou na entrega ao amorfo grupo do

¹ Especialista em Direito Ambiental pelas Faculdades de Direito e de Saúde Pública da Universidade de São Paulo (USP); mestre e doutor em Ciência Ambiental (interdisciplinar) pelo Programa de Pós-Graduação em Ciência Ambiental

da Universidade de São Paulo (PROCAM/USP); professor universitário na Faculdade de Direito do Centro Universitário Padre Anchieta (Jundiaí/SP); pesquisador e advogado.

*centrão*² das principais agendas [governamentais]” (grifos nossos).

A palavra “política” foi usada três vezes na assertiva anterior e com significados bem diferentes. Como se compreende cada um deles? Algum dos sentidos mencionados guarda semelhança com a acepção usada no primeiro texto jornalístico?

Afinal, o que se entende por política?

Este trabalho, o qual inaugura uma série de estudos sobre temas importantes da Ciência Política para estudantes e profissionais do Direito, analisa as principais significações atribuídas à palavra “política”.

Tais propósitos se justificam no contexto metodológico da zetética jurídica, definida por Mascaro (2019, p. 72) como um estudo amplo que investiga as estruturas do fenômeno jurídico, englobando toda reflexão sobre as origens, a história, as causas e as relações sociais no Direito. Para o mesmo autor, tal entendimento profundo do fenômeno jurídico se contrapõe à

chamada dogmática jurídica, que é uma reflexão mais restrita do Direito, referindo-se apenas às técnicas e as normas jurídicas, bem como à prática do Direito.

Para investigar determinados aspectos do Direito dentro da perspectiva analítica da zetética jurídica, o analista precisa dialogar com alguns conceitos da Ciência Política e estabelecer relações entre essas duas áreas do conhecimento. Daí porque é fundamental que as faculdades de Direito possuam disciplinas regulares e cursos de extensão que abordem temas ligados à Ciência Política, de modo que o estudante se aproprie de um arsenal teórico interdisciplinar para pensar o fenômeno jurídico de forma abrangente e, de fato, compreendê-lo. E o primeiro passo dentro dessa abordagem é entender o significado da palavra “política”.

Assim, além desta introdução e da conclusão final, o presente artigo está dividido em oito seções: a primeira aborda as origens da palavra “política” e cada uma das demais seções analisam um sentido diferente desse termo.

² O centrão é o nome atribuído ao bloco informal da Câmara dos Deputados, composto por alguns partidos políticos sem linha ideológica clara, mas com orientação mais conservadora, e por deputados do “baixo clero”, como são chamados aqueles cuja atuação parlamentar é voltada para os seus próprios interesses e, portanto, pouco relevante sob o ponto de vista do interesse público. Assim, centrão não é sinônimo de “centro” que existe na tradicional dicotomia esquerda-direita. A quantidade de partidos e de deputados que compõe o centrão varia conforme a Legislatura, mas é certo que esse bloco partidário

possui força política dentro da Câmara, obtendo importantes cargos na Mesa Diretora e nas Comissões. Os componentes do centrão também são caracterizados por práticas fisiológicas, que se caracterizam por ações e decisões políticas tomadas a partir de troca de favores e favorecimentos. Nesse contexto, um dos objetivos do centrão é assegurar uma proximidade ao Poder Executivo, qualquer que seja o governante, obtendo cargos e privilégios para serem distribuídos aos seus sequazes, em troca de apoio à agenda do presidente da República no interior do Congresso Nacional.

comerciais, etc.) (CHAUÍ, 2000, p. 664).

1 - As origens da palavra política

As origens da palavra “política” remetem às *polis* da Grécia Antiga, que eram as diversas cidades-Estado autônomas, organizadas por leis e instituições, que existiam na Península Balcânica por volta dos séculos VIII a.C. a IV a.C. e cujos territórios englobavam as zonas urbanas e rurais. As *polis* mais conhecidas foram Atenas e Esparta.

O termo “política” vem da expressão grega *ta politika*, segundo Chauí (2000), e *politikos*, segundo Bobbio³, Matteucci e Pasquino (2010, p. 954).

Os *politikos* eram os cidadãos, isto é, os homens livres, iguais e portadores de direitos nascidos na *polis* (CHAUÍ, 2000, p. 664), enquanto *ta politika* eram:

(...) os negócios públicos dirigidos pelos cidadãos: costumes, leis, erário público, organização da defesa e da guerra, administração dos serviços públicos (abertura de ruas, estradas e portos, construção de templos e fortificações, obras de irrigação, etc.) e das atividades econômicas da Cidade (moeda, impostos e tributos, tratados

Portanto, os *politikos* eram os cidadãos que administravam a *polis* por intermédio de atividades administrativas, chamadas de *ta politika*.

Atualmente, a compreensão sobre o que é política é extensa. E, além disso, na língua portuguesa, a palavra “política” é polissêmica, ou seja, possui significados diferenciados.

No mesmo sentido, Max Weber⁴ (2015, p. 61) afirma que o conceito de política é extremamente amplo; Azambuja (2005, p. 1), por exemplo, fala em “cinco acepções, senão mais” do termo “política”; Heidemann (2009, p. 28-29), por sua vez, também traz cinco definições, mas algumas são diferentes do autor anteriormente citado; o Dicionário de Política de Bobbio, Matteucci e Pasquino (2010, p. 954-962), considerada uma obra de referência, apresenta inúmeras acepções diferentes.

A seguir, apresenta-se os principais significados da palavra “política”. A apresentação de definições de “política”

³ Noberto Bobbio (1909-2004) é um filósofo, historiador, teórico político, ativista que combateu o fascismo e intelectual italiano, considerado um dos grandes pensadores do século XX, que deixou um importante legado acadêmico. Bobbio cursou Direito e se licenciou em Filosofia do Direito e suas obras, relacionadas à teoria política e ao Direito, são essências para estudantes de direito e de político. Dentre suas obras, destaca-se o “Dicionário da

Política” que explica detalhadamente conceitos e linguagens importantes nas áreas da Filosofia, do Direito e da Ciência Política.

⁴ Max Karl Emil Weber (1864-1920) foi um pensador, sociólogo, jurista, economista alemão, considerado um dos fundadores da sociologia moderna, com influências na ciência política e na filosofia.

feita nos tópicos seguintes é apenas didática, para que o leitor amplie a sua compreensão sobre esse termo e saiba aplicá-lo de forma coerente. Adverte-se que, na prática, os conceitos de política podem estar conectados, imbricados e muitas vezes se confundem, sendo certo que a variedade de significados pode diferir de autor para autor.

2 - A política como prática humana: um conceito geral

As *polis*, suas leis, seus elementos característicos, como populações, territórios e autoridades, e suas formas de governo foram minuciosamente estudadas pelo filósofo grego Aristóteles⁵, que traz à tona a concepção teórica de que “o homem é um animal político” (em grego: *zoon politikon*), ou seja, naturalmente destinado para viver em uma sociedade política.

Aristóteles, ao considerar que o homem só se realiza na *polis*, exprime a concepção de vida da Grécia Antiga, segundo o qual a polis era a “dimensão suprema da existência”, tanto que o homem “não político” era considerado um “ser deficiente, um *ídion*, um ser carente (significado original do nosso termo ‘idiota’)” (DIAS, 2013, p. 2).

Hannah Arendt (2002, fragmento 1, item 5), ao comentar a noção de *zoon politikon*, afirma que não existe “algo político” no homem que esteja relacionado à sua essência. Para a autora alemã, de origem judaica, “o homem é apolítico” porque a “política surge no *entre-os-homens*, portanto totalmente *fora* dos homens (...) no intraespaço e se estabelece como relação” (grifo do original).

De fato, esse atributo relacionado à política é apenas uma das suas dimensões do ser humano e “não sua totalidade, como sugere absoluta e perigosamente o termo ‘natureza’, ou o verbo ‘ser’ constante na sentença aristotélica” (HEIDEMANN, 2009, p. 28).

Desse entendimento, de que o homem é um ser social e a política, como um dos seus atributos, se constitui nas relações entre os seres humanos, decorre o primeiro significado da palavra política, compreendida segundo Bobbio, Matteucci e Pasquino (2010, p. 954) como uma “forma de atividade ou de práxis humana”.

Essa concepção de política é um conceito geral, com foco nas mais variadas relações do ser humano, afinal, como explica Heidemann (2009, p. 28), “as pessoas influenciam e deixam-se influenciar umas às outras” nas relações

⁵ Aristóteles (384 a.C. - 322 a.C.) foi um filósofo grego durante o período clássico na Grécia Antiga, discípulo de Platão, autor de diversas obras, cujos

domínios de investigação versam sobre lógica, física, biologia, política etc.

sociais. No mesmo sentido, Arendt (2002, fragmento 1, item 1) ressalta que “a política baseia-se na pluralidade dos homens”.

A política, nessa acepção, “é um fenômeno que condiciona todos os aspectos da vida do ser humano, estando no núcleo do desenvolvimento dos problemas da sociedade e de seus modos coletivos de resolução”, se expressando em “todas as relações de cooperação, negociação e luta pelos recursos que tornam possível a produção e reprodução da vida social” (LEFTWICH, 1986, p. 264⁶, citado por ALARCÓN, 2011, p. 21).

Assim, muito embora o senso comum enfatize a política relacionada aos assuntos de Estado, governo e eleições, ela se expressa em relações humanas de outra natureza. Leftwich (1986, p. 264⁷, citado por ALARCÓN, 2011, p. 21) explica que ela “se encontra em e entre todos os grupos sociais - formais ou informais - instituições e órgãos”.

Portanto, é possível identificar a política fora das esferas de Estado e de governos, em qualquer tipo de organização social, como a família, clubes, universidades, turmas de estudantes, empresas, associações religiosas, associações de bairros, sindicatos, ONGs, órgãos de classe (como a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB), grupos de

escoteiros e em organizações internacionais, como exemplifica Dias (2013, p. 5) ao citar a Organização das Nações Unidas (ONU), a Organização dos Estados Americanos (OEA).

Essa amplitude do fenômeno político, nas mais variadas relações do ser humano, decorre do fato de que a noção de política está ligada à ideia de poder que, por sua vez, se manifesta em inúmeras relações do homem.

A política também se faz presente entre pessoas jurídicas, seja de direito público, seja de direito privado, de modo que uma sociedade coletiva, como uma empresa, um sindicato, um partido político ou um governo, pode tentar influenciar a outra.

Assim, fica claro que a política pode ser praticada não só por políticos, isto é, aqueles que disputam cargos públicos ligados ao Executivo e ao Legislativo, mas também pelo cidadão comum e pelas sociedades coletivas no exercício das suas atividades cotidianas.

3 - A política pensada a partir do Estado

A definição anterior, pensada a partir da noção aristotélica do homem como um *zoon politikon*, foca na política como uma prática geral e cotidiana do ser humano

⁶ LEFTWICH, Adrian. *Qué es la política?* México: Fondo de Cultura Económica. 1986.

⁷ Idem.

nas mais variadas relações sociais, tanto no sentido de tentar influenciar outras pessoas e/ou grupos, como também de ser influenciado.

Se essa práxis humana é voltada especificamente para os assuntos de Estado e de governo nas mais variadas esferas, temos um outro sentido da palavra “política”. Trata-se, como explica Heidemann (2009, p. 29), da “arte de governar e realizar o bem público”, no qual o “desenvolvimento” é um alvo a ser perseguido.

De forma simplificada, esse sentido de política se refere às coisas do Estado e do governo, voltadas à administração da coisa pública. Trata-se, como explica Rodrigues (2010, p. 13), da conotação moderna de política que diz respeito “à atividade ou conjunto de atividades que, de alguma maneira, faz referência ao Estado”.

Essa noção de política, mais focada ao Estado e aos governos, é uma espécie na qual a acepção anterior - a política como prática geral - é gênero, daí porque aquela noção também é derivada da visão aristotélica de política.

Observe-se que a expressão *ta politika* corresponde a “tudo o que se refere à cidade [no sentido da *polis* grega, isto é, as cidades-Estado] e, conseqüentemente, o que é urbano, civil, público” (BOBBIO, MATTEUCCI e PASQUINO, 2010, p. 954). Daí porque Aristóteles, no século 4

a.C., apresenta uma tipologia sobre as diversas formas de governar a *polis* (RODRIGUES, 2010, p. 13). No mesmo sentido, esclarece Chauí (2000, p. 664):

Ta politika [do grego] e *res publica* [tradução latina] correspondem (imperfeitamente) ao que designamos modernamente por práticas políticas, referindo-se ao modo de participação no poder, aos conflitos e acordos na tomada de decisões e na definição de leis e de sua aplicação, no reconhecimento dos direitos e das obrigações dos membros da comunidade política e às decisões concernentes ao erário ou fundo público.

4 - Uma acepção a partir de Maquiavel

Apurou-se, nas subseções anteriores, um significado de política ligado a uma prática geral do ser humano nas mais variadas relações sociais e, outra, mais específica, conectada às atividades relacionadas à administração do Estado e dos seus governos.

Em ambos sentidos, a política está relacionada com a noção de poder que, de forma sintética e com base na obra de Max Weber, pode ser entendido como “a probabilidade de um ator social levar adiante sua vontade, apesar das resistências que ele enfrenta, isto é, mesmo que esta esteja em oposição à vontade o outro” (RODRIGUES, 2010, p. 13). No mesmo sentido, Dias (2013, p. 2) explica que

“quem faz política busca ou exerce o poder” sobre outro homem ou sobre um determinado grupo social, com o objetivo de obter vantagem pessoal ou coletiva.

Se ao empregarmos a palavra política o foco essencial estiver na questão do poder, temos aí um outro significado no qual a política, segundo Heidemann (2009, p. 29), se refere aos “processos, métodos e expedientes usados por indivíduos ou grupos de interesse para influenciar, conquistar e manter poder”. O mesmo autor observa que para essa acepção, o representante icônico não é mais Aristóteles, mas, sim, o filósofo italiano Nicolau Maquiavel⁸ que, segundo Azambuja (2005, p. 1), considera a política como “a arte de conquistar, manter e exercer o poder, o governo”.

Observe-se que a política, em vários dos seus significados, está relacionada ao conceito de poder. Nesse sentido, explica Alarcón (2011, p. 23): a “compreensão da política é a compreensão do exercício do poder político”. Assim, o leitor pode se deparar com a seguinte dúvida: qual seria a diferença entre a acepção de política a partir de Maquiavel, que foca no poder, e os outros significados apresentados nos

tópicos anteriores (2 e 3), se a noção de poder está sempre atrelada à política?

Primeiro, é importante lembrar que os diferentes conceitos de política não estão colocados uns em oposição aos outros. Existem conexões entre eles, sendo que a distinção se faz pela ênfase dada à um determinado elemento e como ele é compreendido.

No caso da política depreendida a partir da acepção de Maquiavel, o poder e, notadamente, as estratégias de como conquistar e se manter nele, é o elemento fundamental. Há uma diferença da visão de política concebida a partir de Aristóteles, na qual o poder também é levado em consideração, mas o foco desse sentido está na arte de governar a *polis*, nos modos de participação no poder, de tomada de decisões e de definições e aplicações de leis, visando à administração do Estado.

Maquiavel, em sua obra “O Príncipe”, não está preocupado com o Estado ideal, daí porque ele rejeita a tradição idealista de Platão, Aristóteles e outros autores clássicos, e examina o Estado e a realidade da política como eles são, não como gostaria que fossem (SADEK 2008, p. 17).

⁸ Nicolau Maquiavel (1469-1527), nascido na região de Florença, que hoje pertence à Itália, foi um filósofo, historiador, diplomata, dentre outras coisas, que viveu em plena Renascença (séculos XV e XVI)

e é considerado o primeiro grande pensador da Idade Moderna. Uma das suas principais obras é “O Príncipe”, escrito em 1513 e publicado após sua morte, em 1532.

No Estado real, examinado por Maquiavel, as pessoas objetivam conquistar e se manter no poder, o qual, segundo Sadek (2008, p. 20) ao analisar o referido autor clássico, nasce da própria “malignidade” que é “intrínseca à natureza humana”. Ao mesmo tempo, prossegue a autora em seu estudo sobre o Florentino, o poder “aparece como a *única* possibilidade de enfrentar o conflito” (grifo no original), tanto que, a preocupação de Maquiavel é resolver as instabilidades para instaurar um Estado estável.

Para Maquiavel, a ordem em um Estado não é algo natural e tampouco é obra do acaso, mas, sim, produto necessário da política; e a política, por sua vez, é o resultado de “feixes de forças” proveniente das ações concretas dos homens em sociedade (SADEK 2008, p. 18). Daí porque o problema político para esse autor clássico é “encontrar mecanismos que imponham a estabilidade das relações, que sustentem uma determinada correlação de forças”, conforme explica a mesma autora.

Observe-se, portanto, como as estratégias para conquistar e se manter no poder, visando à estabilidade do Estado, é a essência no pensamento de Maquiavel.

Assim, quando a ênfase dada na palavra “política” estiver relacionada aos expedientes destinados à conquista e à conservação do poder, estamos nos

referindo a um sentido mais próximo à acepção de Maquiavel.

Derivado dessa conceituação mais “erudita” dada por Maquiavel, a palavra “política” também pode ser usada em um sentido mais “trivial, vago e às vezes um tanto pejorativo” compreendendo “as ações, comportamentos, intuitos, manobras, entendimentos e desentendimentos” dos políticos “para conquistar o poder, ou uma parcela dele, ou um lugar nele” por intermédio de “eleições, campanhas eleitorais, comícios, lutas de partidos, etc.” (AZAMBUJA, 2005, p. 5).

Desta maneira, voltando à introdução do presente artigo, quando o colunista Waak (2020) escreveu que a “*‘articulação’ política*” do então presidente da República “*resultou na entrega ao amorfo grupo do centrão das principais agendas [governamentais]*” o adjetivo “política”, que no caso qualifica o substantivo “articulação”, está claramente empregado no sentido de ajustes e estratégias para a conservação do poder.

5 - A política como uma ciência

A palavra política é também empregada para designar um ramo do conhecimento, qual seja, a Ciência Política, também chamada de Ciência do Estado. Nesse sentido, explica Heidemann (2009, p. 29):

A política é concebida (...) como a teoria política ou o conhecimento dos fenômenos ligados à regulamentação e ao controle da vida humana em sociedade, como também à organização, ao ordenamento e à administração das jurisdições político-administrativas (nações, estados, municípios ou distritos especializados). Nesse sentido, ela estuda e sistematiza o “fato político básico” assim caracterizado e engloba, portanto, todas as acepções anteriores [entenda-se, todas as significações da palavra política explicadas neste trabalho].

O termo “política” se expandiu graças à influência da obra “Política”, de Aristóteles, escrito no século IV a.C, que é um conjunto de oito livros e é considerada o primeiro tratado sobre aspectos do Estado e sobre as várias formas de governos; a partir daí, ocorreu uma transposição de significado da palavra política, deslocando-se do conjunto de coisas que eram qualificadas como “político” para designar ao estudo, ao conhecimento mais ou menos organizado sobre esse mesmo conjunto de coisas (BOBBIO, MATTEUCCI e PASQUINO, 2010, p. 954).

Segundo os mesmos autores, isso se manteve durante séculos até que, na época moderna, o nome dado à área de conhecimento sobre a política passou, aos poucos, a ser substituído por outras

expressões, como Ciência Política, Ciência de Estado, Filosofia Política.

Diversos autores considerados clássicos desenvolveram estudos sobre a Ciência Política, com destaque para Platão (427 a.C. - 347 a.C.), Aristóteles (384 a.C. – 322 a.C.), Maquiavel (1469-1527), Thomas Hobbes (1588-1679), John Locke (1632-1704), Jean-Jacques Rousseau (1712-1778), Alexis de Tocqueville (1805-1859), Karl Marx (1818-1883) e muitos outros. Não se pode compreender minimamente a política moderna, e suas múltiplas relações com o Direito, sem o estudo permanente das obras desses pensadores.

Assim, mais do que os assuntos de Estado, a Ciência Política é uma ciência social que “estuda o exercício, a distribuição e a organização do poder na sociedade” (DIAS, 2013 p. 1), analisando, pois, “o fenômeno político em si, as estruturas governamentais e as estruturas de participação política (...) os sistemas de poder” (MIRANDA, 2003⁹, *apud* ALARCÓN, 2011, p. 25-26).

A Ciência Política se preocupa com diversos temas, como eleições, a resposta da população às decisões políticas tomadas pelas autoridades, os partidos políticos, os grupos de pressão, as diferentes formas de governo, o processo político de tomada de

⁹ MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. 7ª Edição. Coimbra 2003 p. 31.

decisão, a evolução do pensamento político, etc. (DIAS, 2013 p. 1).

Ela está relacionada com a Filosofia, a Sociologia, a Economia, a Geografia e o Direito. Assim, o cientista político, muitas vezes com o auxílio destas e outras áreas do conhecimento, estuda a realidade política.

A Ciência Jurídica, por sua vez, estuda a letra da lei e sua interpretação, enquanto que a Ciência Política analisa, dentre outras coisas, como a lei é feita e implementada. São duas áreas do saber muito próximas e uma auxilia na compreensão da outra. O exemplo a seguir mostra como essas duas áreas do conhecimento se complementam:

A Constituição Federativa do Brasil de 1988 (CF/1988) dispõe sobre os institutos da democracia direta e consagra o voto direto e secreto e o sufrágio universal (direito de voto a todos os indivíduos maduros). A CF/88 determina como os governantes são escolhidos e a relação deles com os governados. A interpretação desse texto normativo é estudada pela Ciência Jurídica, especialmente pelo Direito Constitucional. Por outro lado, para a Ciência Política, “interessa descobrir não esse arcabouço de dispositivos, mas que forças, de fato, exercem influências concretas na escolha dos governantes; quais os interesses em jogo e a correção de forças entre os setores que disputam o poder” (ALARCÓN, 2011, p. 28).

6 - As políticas públicas: o Estado em ação

Muitas vezes, a palavra “política” é usada no sentido de políticas públicas (no inglês *public policy*), de forma que o interlocutor abrevia a expressão “políticas públicas” e se limita a dizer “política”.

Em suma, uma política pública é o “estágio em que os governos democráticos traduzem seus propósitos e plataformas eleitorais em programas e ações que produzirão resultados ou mudanças no mundo real” (SOUZA, 2006, p. 24).

Em outras palavras, políticas públicas são arranjos institucionais complexos, criados para “a realização de objetivos determinados”, por intermédio de medidas articuladas e coordenadas (BUCCI, 2006, p. 14, 25-26, 39). Assim, uma política pública comporta um sistema de decisões públicas que, por intermédio da alocação de recursos e “da definição de objetivos e estratégias de atuação”, destinam-se “a manter ou modificar a realidade de um ou vários setores da vida social” (SARAVIA, 2006, p. 28-29).

As políticas públicas são ações práticas do Poder Público mais focadas e detalhadas em metas e objetivos, meios pelos quais se atinge esses propósitos, previsão orçamentária, decisões de implementação etc. Nesse sentido, como

explicam Bucci (2006, p. 40-46) e Souza (2006, p. 36), as políticas públicas possuem objetivos mensuráveis a serem alcançados, meios correspondentes para sua realização, isto é, os instrumentos, a prescrição de metas e os resultados pretendidos em marcos temporais determinados, elementos de avaliação, os arranjos político-administrativos, o orçamento financeiro, dentre outros elementos.

Muitas vezes, as políticas públicas são criadas para a concretização de direitos (BUCCI, 2006, p. 14) e, uma vez criadas, elas se desdobram “em planos, programas, projetos, bases de dados ou sistema de informação e pesquisas” e, finalmente, quando postas em ação, são implementadas e executadas, ficando submetidas a sistemas de acompanhamento e avaliação (SOUZA, 2006, p. 26).

As políticas públicas possuem uma “forma exterior, reconhecível pelo sistema jurídico”, concebidas por “distintos suportes legais”, como leis, medidas provisórias, normas infralegais (decretos e portarias) e instrumentos jurídicos de outra natureza¹⁰ (BUCCI, 2006, p. 11).

As políticas públicas são resultantes da atividade política e envolvem um processo decisório complexo, pois visam a atender os mais diversos interesses e

necessidades da sociedade. As demandas que geram políticas públicas podem vir da própria sociedade ou serem criadas pela burocracia estatal.

Uma vez criadas, as políticas públicas são impostas pelo Estado a toda sociedade, regulando “comportamentos e conflitos”, distribuindo benefícios e serviços à população, organizando “burocracias e mercados” e extraindo dinheiro dos cidadãos por intermédio de tributos, enfim, afetando a vida social em diversos aspectos, tanto que podem ser usadas como instrumento para alcançar e manter o poder (RODRIGUES, 2010, p. 14-29).

Essa é a noção mais empregada de “políticas públicas”, designada para definir ações mais específicas do Poder Público para determinada área. Como explica Heidemann (2009, p. 28-29), as políticas públicas se referem a uma “acepção mais operacional” da política, em que ela é entendida como as “ações, práticas, diretrizes políticas, fundadas em leis e empreendidas como função de Estado por um governo, para resolver questões gerais e específicas da sociedade”, sobretudo por intermédio de planejamento.

Cita-se, como a Política de Regularização Fundiária da Amazônia (Lei

¹⁰ Os contratos de concessão de serviços públicos, como os sistemas de transporte municipal em grandes metrópoles, é um exemplo de política

pública concebida por instrumentos de outra natureza (BUCCI, 2006, p. 21).

Federal nº 11.952/2009, regulamentada por uma série de outras normas), a Política Estadual (São Paulo) de Resíduos Sólidos (Lei Estadual-SP nº 12.300/2006) etc.

Mas a expressão “políticas públicas” pode se relacionar a uma noção mais ampla, ou seja, a um campo de atividade governamental (como a política de saúde), a normas existentes para determinadas temáticas (política urbana, política ecológica), aos propósitos a serem realizados (como uma política de emprego estável) e outros (SARAVIA, 2006, p. 30). São designações mais abrangentes de propostas ou de diretrizes governamentais destinadas a interferir em setores amplos da sociedade, nos quais a palavra “política” vem acompanhada de um adjetivo temático, como por exemplo, a política social, a política econômica, a política de saúde, a política de acesso à terra, a política de habitação, a política de segurança ou, então, que a política de transportes de determinado município privilegia a construção de ciclovias para aumentar os deslocamentos em pequenas distâncias.

Como se percebe, essa noção mais abrangente de “políticas públicas” às vezes se confunde com a ideia de “políticas de Estado” que, segundo Heidemann (2009, p. 28-29), “se limita aos valores consagrados na Constituição” e “obrigariam todos os governos de um Estado em particular a implementá-las”. Todavia, o mesmo autor

observa que a noção de “política de Estado” difere um pouco do conceito de “política pública”, porque esta possui objetivos mensuráveis a serem alcançados, meios correspondentes para sua realização. Por isso, é importante que o leitor saiba que alguns autores preferem aproximar os conceitos de “políticas públicas” e “políticas de Estado” e outros preferem diferenciá-las.

Então, seja de uma forma ou de outra, é comum a utilização da palavra “política” no sentido de “política pública”. Veja, por exemplo, o texto da jornalista Girardi (2012) reproduzido na parte introdutória deste artigo, no qual ela menciona que um estudo “*avaliou a evolução, desde 1992, da criação de políticas de acesso à terra*” (grifos nossos) às comunidades indígenas e ribeirinhas. Ela empregou a palavra “política” no sentido de política pública, isto é, as ações complexas e estruturais do Estado, concebidas por suportes legais e realizadas ao longo do tempo, por intermédio de governos, para garantir terras às referidas comunidades tradicionais.

Da mesma forma, quando o colunista Waak (2020) lembrou que o presidente da República na “*questão das políticas ambientais, conseguiu criar uma inédita coligação doméstica e externa contra ele*” (grifos nossos), a palavra política também foi usada para se referir às

políticas públicas de proteção ao meio ambiente que foram desmontadas na gestão daquele mandatário.

Mesmo no âmbito das políticas públicas, existe a presença do elemento poder. Nesse sentido, explica Rodrigues (2010, p. 13-14): “no contexto das políticas públicas, a política é entendida como um conjunto de procedimentos que expressam relação de poder e que orienta à resolução de conflitos no que se refere ao bem público”.

Isso significa que a atividade política, que envolve o conflito e o poder, pode resultar na criação de políticas públicas.

7 - As três dimensões da política na língua inglesa

O idioma inglês possui três palavras distintas para termo “política”, que expressam significados diferentes: *polity*, *politics* e *policy*. Para Dias (2013, p. 6), isso revela “o maior grau de amadurecimento dos estudos de ciência política, em particular, nos Estados Unidos”.

Polity se refere às instituições políticas, que são o conjunto de regras e normas estabelecidas que formam um sistema político-administrativo. As estruturas dessas instituições podem ser formais (como a Constituição Federal, as leis, as normas jurídicas em geral) ou

informais (os costumes, os pactos, a definição dos acordos, por exemplo) e exercem influência na estratégia dos atores políticos e sociais, como são chamados de forma coletiva os políticos, os partidos políticos, os grupos de pressão, os movimentos sociais, as ONGs e outros que participam de disputas políticas para atender seus interesses. É por isso que Souza (2007, p. 83-84) chama as instituições de “regras do jogo”, ou seja, do jogo político, afinal, como explica Immergut (2006, p. 160 e 177), esse sistema-político e suas regras “induzem comportamentos específicos dos atores para alcançar seus objetivos”, que podem ser: promover um projeto de lei, acrescentar um artigo em uma proposta legislativa, ter algum item contemplado em uma política pública etc.

Esse conceito de *polity* não é usualmente conhecido, mas é bastante aplicado na Ciência Política, inclusive na brasileira.

Politics, por sua vez, são os processos, normalmente conflituosos, de negociação política (FREY, 2000, p. 216-217), “de interações que definem múltiplas estratégias entre atores para melhorar seu rendimento e alcançar certos objetivos” (DIAS, 2013, p. 6).

Policy se refere ao conteúdo de uma política pública, o resultado material concreto dos processos antecedentes, que

pode despontar em formato de norma jurídica. Segundo Frey (2000, p. 217) essa dimensão material se refere “aos conteúdos concretos, isto é, à configuração dos programas políticos”.

Então, um determinado conteúdo material de uma política pública (*polity*), editada na forma de norma jurídica, é resultado de processos de negociação política entre os atores (*politics*), que são mediados pelas regras, isto é, por instituições políticas (*polity*).

É importante compreender que essa divisão é feita de forma didática, pois a realidade mostra que as dimensões *policy*, *politics* e *polity* acontecem simultânea e permanentemente, estão entrelaçadas, inter-relacionadas e são interdependentes, se influenciando de forma mútua (FREY, 2000, p. 217). São muito aplicadas pela Ciência Política brasileira e nos ajudam a compreender um pouco mais o que é política.

8 - Política como uma finalidade

A palavra política pode indicar uma “opção escolhida para conquistar um fim”, quando, por exemplo, fala-se que uma empresa tem tal política ou que a política de uma determinada pessoa consiste em uma atitude que a caracteriza (ALARCÓN, 2011, p. 21).

É comum, por exemplo, dizer que a política de uma certa empresa se traduz na contratação de uma porcentagem de pessoas com deficiência física, como uma forma de inclusão social. Ou então, que a política da faculdade é contratar professores com doutorado.

CONCLUSÕES

O presente trabalho analisou os principais significados da palavra “política”; existem outras compreensões, sendo certo que cada entendimento sobre o que é política traz ainda muitos outros aspectos, além daqueles que aqui foram explorados.

A proposta desse artigo, portanto, foi apenas fornecer aos estudantes de Direito um primeiro contato com esse tema, que será aprofundado na sequência de trabalhos que este autor pretende publicar nas próximas edições da Revista de Ciências Sociais e Jurídicas (RCSJ).

Afinal, o acadêmico de Direito, que é (ou deveria ser) um estudante de Ciências Humanas, que vai trabalhar com relações sociais e atuar perante os órgãos públicos, precisa possuir um conhecimento sólido sobre o funcionamento das instituições estatais e da sociedade, não somente sob o ponto de vista legal, mas também com relação à estrutura de poder.

Ademais, não há democracia efetiva se o cidadão comum não compreende, minimamente, as regras do jogo democrático e seus conceitos básicos. Nesse contexto, não é razoável que as pessoas não entendam sequer os sentidos da palavra política que, diariamente, estão estampadas nos jornais de grande circulação. E, para o estudante de Direito, esse tipo de dificuldade é intolerável.

Por isso, espera-se que este artigo, pensado para ser escrito de forma didática, cumpra o seu papel de informar e despertar interesse sobre temas da Ciência Política nos alunos e alunas dos cursos jurídicos. E entender os conceitos básicos sobre “política” é só o começo, existe um longo caminho a ser percorrido.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALARCÓN, Pietro de Jesus Lora. **Ciência política, Estado, direito pública: uma introdução ao direito público da contemporaneidade**. São Paulo: Editora Verbatim, 2011.

ARENDT, Hanna. *O que é política?* Tradução de Reinaldo Guarany. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

AZAMBUJA, Darcy. **Introdução à Ciência Política**. São Paulo: Editora Globo, 17ª Edição, 2005.

BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola. PAQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução Carmem C, Varriale et al.; coor. trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro

Pinto Cacais. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 13ª ed., 4ª reimpressão, 2010.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In **Políticas Públicas: Reflexões sobre o Conceito Jurídico** (Maria Paula Dallari Bucci, org.) São Paulo: Saraiva, 2006, pp. 1-50.

CHAUÍ, Marilena. *Convite à Filosofia*. Editora Ática: São Paulo. 2000 (e-book).

DIAS, Reinaldo. **Ciência Política**. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2013.

FREY, Klaus. Políticas Públicas: um debate conceitual e reflexões à prática da análise de política públicas no Brasil. **Planejamento e Políticas Públicas**, n. 21, junho, 2000, p. 211-258.

GIRARDI, Giovana. Direito à terra foi vitória da Rio 92. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 30 mai. 2012. p. A-22.

HEIDEMANN, Francisco G. Do sonho do progresso às políticas de desenvolvimento. In: Heidemann, Francisco G. e Salm, José Francisco (orgs.). **Políticas Públicas e Desenvolvimento: bases epistemológicas e modelos de análise**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2009, p. 23-39.

IMMERGUT, Ellen M. O Núcleo Teórico do Novo Institucionalismo. In: SARAIVA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete (orgs). **Políticas Públicas**. Coletânea, Volume 1. Brasília: ENAP, 2006, p. 155-195.

MASCARO, Alysson Leandro. *Introdução ao Estudo do Direito*. 6ª edição. São Paulo: Atlas, 2019. E-book.

RODRIGUES, Marta Maria Assumpção. **Políticas Públicas**. São Paulo: Publifolha, 2010.

SADEK, Maria Tereza. Nicolau Maquiavel: o cidadão sem fortuna, o intelectual de *virtù*.

In WELFORT, Francisco C. (organizador). **Os clássicos da política**. 14ª edição. São Paulo: Ática, 2006, p. 11 a 26.

SARAVIA, Enrique. Introdução à teoria da política Pública. In: SARAIVA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete (orgs). **Políticas Públicas**. Coletânea, Volume 1. Brasília: ENAP, 2006, p. 21-41.

SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. **Sociologias**, Porto Alegre, ano 8, nº. 16, p. 20-45, jul./dez. 2006.

SOUZA, Celina. O Estado da Arte da Pesquisa em Políticas Públicas. In: HOCHMAN, Gilberto. ARRETCHE, Marta. MARQUES, Eduardo (orgs). **Políticas Públicas no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2007, p. 65-84.

WAAK, Willian. A guerra foi perdida. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 10 dez. 2020. p. A-8.

WEBER, Max. **Ciência política: duas vocações**. São Paulo: Editora Martin Claret Ltda., 2015.