

ATIVIDADES DO JUIZ NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Francisco Wildo Lacerda Dantas

Doutor em Direito pela Faculdade de Lisboa. Mestre pela Universidade Federal da Bahia. Professor do Curso de Mestrado da Universidade Federal de Alagoas. Desembargador Federal aposentado. Foi Presidente do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. É autor de livros e artigos científicos.

RESUMO: *Este ensaio tem como objetivo refletir acerca das atividades desenvolvidas pelo Juiz no Brasil, de acordo com o Novo Código de Processo Civil, apresentando sua natureza e princípios, entre eles, o da legalidade e da isonomia, da razoável duração e da instrumentalidade do processo, mostrando que a sua função apresenta-se como um conjunto de atos voltados à consecução de responsabilidades dedicadas a distribuir justiça, com poderes e deveres.*

PALAVRAS-CHAVE: *Juiz. Atividades. Natureza. Princípios.*

ABSTRACT: *This paper aims to reflect on the activities developed by the judge in Brazil, according to the New Civil Procedure Code, with its nature and principles, including the legality and equality, of reasonable duration and the instrumentality of process, showing that their function is presented as a set of actions aimed at achieving responsibilities dedicated to dispense justice with powers and duties.*

KEYWORDS: *Judge. Activities. Nature. Principles.*

INTRODUÇÃO

Busca-se examinar, neste estudo, o conjunto de ações e/ou serviços que, muitas vezes identificados como poderes, correspondem à atividade desempenhada pelo juiz no Brasil¹, segundo a disciplina do novo Código de Processo Civil, denominado de NCPC. Acredita-se, no entanto, como será demonstrado, que a denominação poderes do juiz não é a mais ajustada. Há um conjunto de atos (daí a designação atividade) praticados por uma determinada pessoa - no caso o juiz - ou por outras pessoas, ainda que não em nome do mesmo juiz, mas sob sua supervisão - que têm por objetivo final a prestação jurisdicional justa e célere. Este conjunto de atos - ou atividades - constitui, na verdade, não simples poderes atribuídos ao juiz, mas,

¹Diniz (2008, p. 338) define atividade, no sentido jurídico, como “[...] o conjunto de ações ou serviços desempenhados pela pessoa”. Já na doutrina italiana, como observei na Dissertação apresentada na conclusão do Curso de Mestrado, para obtenção do grau de Mestre em Direito da Faculdade de Direito do Salvador, o verbete atividade deve ser identificado como “[...] um conjunto de atos, cada um deles ligados ao outro (do qual depende), em razão mesmo da imprescindível cooperação de todos em favor do objetivo comum, e praticados pela mesma pessoa (ou em nome dela ou ainda por sua conta) para que se atinja uma mesma finalidade”. Cf. Auleta (1958, p. 982). Miranda (1990, p. 05), por sua vez, distingue dois sentidos para a função do Estado, nomeadamente, “*tarefa ou incumbência e atividade*” (aqui grafada na forma lusa, originária), que consiste, segundo o autor: “*entronca nos actos e atividades que o Estado constantemente, repetida e repetidamente, vai desenvolvendo, de harmonia com as regras que o condicionam e conformam.*”

em lugar disso, se revela como poderes- deveres, ou poderes, deveres e reponsabilidades, como se encontra registrado no Capítulo I do Título IV do NCPC. (WAMBIER, 2015, p. 262).

1 AS ATIVIDADES DESEMPENHADAS PELO JUIZ NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Desde o Código de Processo Civil (CPC) de 1939, Rezende Filho (1965, p. 210-211) observara que, ao contrário do processo tradicional, herdado dos romanos, em que o juiz ficava reduzido a um

[...] mero e impassível espectador da luta judiciária, com a só obrigação de zelar pela observância formal das regras processuais até o momento de proferir a sentença, já no CPC daquela época, seguidor da teoria publicista do processo, em que se adotava o sistema da oralidade, que englobava os princípios da concentração e da imediatidade, se atribuía uma série de atividades ao juiz, como poderes limitados e definidos na lei, considerado como uma necessidade de ordem técnica.

Com o advento do CPC em vigor até 2015, Pontes de Miranda já registrava o novo papel que o juiz passara a desempenhar e que se tornaria mais incisivo no futuro, pois, já naquela época, em comentário ao dispositivo do art. 125 do CPC, fazia a distinção entre a *direção formal e a direção material do processo*, ensinando que, na *direção formal*, o juiz tinha por fim a ordenação (pôr em ordem), enquanto a *direção material*, consistente no andamento rápido (correspondente à garantia inserta no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal de 1988, de asseguramento da *razoável duração do processo*), como já havia assinalado Grinover (1984, p. 61-62), ao observar que, se o fundamento lógico do contraditório é a própria defesa, porque não poderá haver aquele enquanto esta inexistir; e se, ademais, o fundamento constitucional do contraditório e da defesa é o próprio princípio da igualdade, que compreende a igualdade processual, têm-se então defesa e contraditório, ambos, para qualquer processo, pela Constituição do Brasil, como decorrência da igualdade processual, o que corresponde *ao princípio da igualdade de armas*, expressamente acolhido no art. 7º do NCPC, muito embora Moreira (1988) tenha preferido denominar igualdade de riscos.

O NCPC, portanto, introduziu em respeito à atividade do juiz, mais conhecida como exercício de poderes processuais, uma disciplina mais completa e mais bem acabada do que no CPC anterior. (BUENO, 2015, p. 137). Essa observação se ajusta aos comentários produzidos por conhecidas autoridades em respeito ao processo brasileiro, quando se revela

que essas atribuições são destinadas a garantir o princípio constitucional da isonomia. São deveres a ser cumpridos pelo juiz para evitar e reprimir qualquer desvio de conduta de todo o aparelho judicial envolvido no processo e de seus auxiliares e, mais ainda, correspondem à criação de mecanismos de observação e de gestão que permitem ao juiz zelar pelo cumprimento da garantia de razoável duração do processo, incrustada no art. 5º, LXXVIII, da CF/88. (WAMBIER, 2015, p. 262).

Observa-se, além disso, que a nova disciplina, certamente inspirada na doutrina tedesca e nas modificações mais recentes introduzidas também no novo CPC da Alemanha, repetindo-lhe dispositivo que, por curiosa coincidência, recebeu o mesmo número do preceito que acolheu as inovações ali criadas: o de nº 139 mereceu o seguinte comentário dos autores que o verteram do alemão para o espanhol, enriquecida a nova versão com seguros comentários que expenderam: *“El § 139 ZPO es sin duda uno de los temas centrales y absolutos del proceso civil alemán; se lo há denominado, incluso, la carta magna del proceso civil”*, e, também, *“El § 139 del ZPO fue y es considerado em el proceso civil alemán, com certeza, como uno de los pilares del proceso justo”*. (PÉREZ; PRADILLO, 2006, p. 69, 50).

2 NATUREZA E PRINCÍPIOS LASTREADORES

As atividades desenvolvidas pelo juiz integram a função do Estado² denominada jurisdicional, caracterizada pela imparcialidade e pela passividade – entendida aquela – a imparcialidade - como a ausência de interesse pessoal do agente que a realiza (imparcialidade) e, por isso, inexistência de qualquer ação pessoal que não a provocada para atendimento dos interesses das partes e, ao mesmo tempo, necessidade de provocação inicial da ação – que, no entanto, uma vez atendida essa exigência, se desenvolve por impulso oficial, como determina o princípio dispositivo, agora expresso logo no art. 2º do NCPC que ressalva, tão somente, *as exceções previstas em lei*, em reposicionamento que bem lhe expressa a importância.

Acredita-se que se pode alinhar, entre outros, os seguintes princípios que orientam a atividade do juiz:

² Emprega-se a expressão função do Estado em um dos sentidos lhe atribui Miranda (1990, p. 03) de *“atividade com características próprias, modo de o poder político se projectar em acção.”*

2.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E DA ISONOMIA

São princípios básicos, fundamentais que, no entanto, somente recentemente passou a ser adotado entre os brasileiros porque até a Constituição atual se reconhecia que o nascimento do processo se dava no próprio Código de Processo Civil; “sem que o Código devesse a menor deferência à Constituição”, conforme Wambie (2015). A autora, que fez essa correta observação, registrou que o princípio da legalidade “[...] tende, por mais surpreendente que possa parecer a diminuir, e, em alguns casos, até a suprimir a liberdade do juiz em decidir conforme a sua convicção” e o princípio da isonomia, ainda segundo a autora

[...] significa, grosso modo, que todos são iguais perante a lei: logo, a todos tratar de modo uniforme e assim também (sob pena de esvaziar-se o princípio) deve fazer os tribunais, respeitando o entendimento tido por correto e decidindo de forma idêntica casos iguais, num mesmo momento histórico. (WAMBIER, 2015, p. 1170,1197).

Resulta daí a novel orientação do NCPC em prestigiar os precedentes jurisprudenciais, acolhendo prática usual da *common law*, como se lê nos arts. 926:

(Os tribunais devem uniformizar a jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente, § 1º - Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, s tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante § 2º - Ao editar o enunciado da súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram a sua criação).

E art. 927 do NCPC, que determina a observação obrigatória deles pelos juízes e tribunais, o que aponta, indubitavelmente, para a criação de um futuro *direito jurisprudencial*³.

2.2 PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

Este princípio processual foi tardiamente introduzido no Brasil pela EC nº 45 de 8 de dezembro de 2004. Cuida-se da positivação de um ideal – algo a ser buscado, a ser insistentemente procurado, perseguido, lutado para a adoção das providências que o tornem efetivo – não de algo já posto cujos meios de efetiva realização podem ser alcançados por simples medida judicial como o mandado de injunção. (FERRAZ FILHO, 2010, p. 52). Trata-

³Cf. Bueno (2015, p. 568), em passagem que homenageia a Profa. Teresa Arruda Alvim Wambier, quanto à criação da expressão “precedentes à brasileira.” A expressão foi empregada, também, por Moreira (1988, p. 12), quando escreveu **As Bases do Direito Processual Civil** e acentuou que representava um “[...] reforço da intervenção do juiz, nas suas múltiplas formas, tem como consectário o aumento da relevância assumida pelo direito jurisprudencial”.

se de concretização de uma orientação seguida nas convenções internacionais sobre direitos humanos e, para alguns autores, já se encontrava subtendida na ideia da proteção judicial efetiva, no princípio do Estado de Direito e, mesmo, no princípio da dignidade da pessoa humana. (MENDES, 2008, p. 499). O reconhecimento – ainda que de modo abstrato – da duração razoável processo como um direito subjetivo, impõe, segundo o Min. Mendes (2008, p 52),

[...] ao Poder Público em geral e ao Poder Judiciário, em particular, a adoção de medidas destinadas a realizar esse objetivo. Nesse cenário, abre-se um campo institucional destinado ao planejamento, controle e fiscalização de políticas públicas de prestação jurisdicional que dizem respeito à própria legitimidade de intervenções estatais que importem, ao menos potencialmente, lesão ou ameaça a direitos fundamentais.

Barcellos (2010) assinala algumas providências anteriores à edição do NCPC, que já haviam sido adotadas e que culminaram com o acolhimento, em toda extensão, do princípio no Capítulo dos Direitos Fundamentais: *publicação das leis nº 10352 e 10.352, de 2001* e da *lei nº 10.444, de 2002*, em virtude do que – entre outras providências - se reduziram as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento e dos embargos infringentes, minimizou-se o papel do duplo grau de jurisdição, permitindo ao magistrado conhecer do mérito da demanda no caso da reforma da decisão *a quo* extinguiu o processo sem, o exame de mérito, nos termos do § 3º do art. 515, acrescentado ao CPC em vigor.

De certo modo, este princípio já havia sido introduzido no CPC que ainda se encontra em vigor pela Lei 12.008/2009, quando se criaram prioridades para tramitação de processos em que figurassem como parte ou interessado pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos ou portadora de doença grave. (MEDINA, 2015, p. 45). Tratando-se de um ideal a ser insistentemente buscado que, como já se reconheceu, depende, entre outras coisas, de adequada estruturação do Poder Judiciário já identificada com a desburocratização do funcionamento de seus órgãos⁴.

No NCPC, sob breve análise, o princípio foi acolhido, expres-samente, no art. 4º: “As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”, valendo observar que a maior dificuldade para a observância desse dispositivo, notadamente, principalmente no que consta na parte final da transcrição se evidencia exatamente quando se cuida da execução da sentença contra a Fazenda Pública, hoje, travestida no procedimento “Do Cumprimento de Sentença que reconheça a

⁴Como se lê no artigo já mencionado, de Wambier (2015, p. 1189). Havendo considerado um ideal a ser perseguido não uma meta imperiosamente estabelecida, ainda que em nível de direito fundamental, não parece que tenha cabimento o manejo do mandado de injunção para implementá-lo, objeto da indagação de Ferraz Filho (2010, p. 52).

exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa pela Fazenda Pública”, nos artigos 534 e seguintes do NCPC, em que, nada obstante modificou-se quase tudo, para manter-se a mesma disciplina já existente em respeito ao pagamento pela técnica do precatório requisitório, onde não parece que a parte possa exigir a satisfação do seu crédito em tempo razoável.

2.3 PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO

Ninguém examinou com mais acuidade e precisão o princípio da instrumentalidade do processo do que Dinamarco (1994, p. 305, 308), tendo registrado, ente outras coisas, o seguinte:

Uma vez que o processo tem por escopo a pacificação com justiça, é indispensável que todo ele se estrutura e seja praticado segundo regras voltadas a fazer dele um canal de condução à ordem jurídica justa. Tal é o significado substancial das garantias e princípios constitucionais e legais do processo. Falar de efetividade do processo, ou da sua instrumentalidade em sentido positivo, é falar da sua aptidão, mediante a observância racional desses princípios e garantias, a pacificar segundo critérios de justiça.

Importa ressaltar as observações que o mestre faz em respeito aos cuidados que a correta aplicação do princípio exige de se observar a incidência dos demais princípios e garantias e que sua prática somente será correta se praticado segundo “[...] regras voltadas a fazer dele um canal de condução à ordem jurídica justa”, pois, com todas as vênias devidas e como o agradecimento sempre renovado do autor dela - Desembargador do TRF da 5ª Região, aposentado, a quem deve, entre outras coisas, o haver paraninfado a sua estreia quando escreveu uma obra jurídica, em 1977 (no caso, o livreto **Jurisdição, Ação (Defesa) e Processo**), registrando no prefácio que “Sendo o processo *um instrumento do direito material* (sem grifo no original), e inexistindo qualquer dúvida quanto aos fatos, com certeza deve o juiz aplicar a lei de direito material, *ainda que para isto tenha de inobservar a lei do processo*” (estes grifos são do original).

A lei do processo é lei e, como tal, tem que ser imperiosamente observada sempre pelo magistrado. Considera-se que, em lugar de expressamente se negar a aplicação da lei processual, o que contraria o princípio da legalidade já examinado neste ensaio, é – mas fazendo incidir corretamente a lei processual – sobretudo a partir do NCPC – proceder a uma interpretação da lei processual com base nos princípios constitucionais, em que, com o afastamento da técnica da *subsunção*, segundo expressa autorização do art. 8º do NCPC, para, em lugar dele, aplicar com a técnica busque atender aos fins sociais e às exigências do bem

comum, no caso a cuidadosa ponderação de valores, com o resguardo e promoção da dignidade da pessoa humana, em que se atuará – com a indispensável distinção já feita por Canotilho (1998, p. 1034-1035) – entre princípios hermenêuticos e princípios jurídicos - para, evitando a exclusão da incidência de qualquer regra, em lugar disso, buscar-lhes a *otimização dos princípios*, através – repita-se - da técnica da ponderação dos valores buscados pelos princípios em lugar da *subsunção*, em que se lastreiam todas elas, na consecução de uma decisão justa.

O entendimento transcrito bem revela a compreensão que se alastrou de que o processo é tão somente uma técnica, diversa e a serviço do direito material, a respeito de cujo equívoco, Passos (1999) já havia advertido que o direito é um produto do fazer dos homens, que jamais se coloca na classe de objetos criados pelo homem, como uma coisa distinta do agir humano, mas é algo que se está sempre fazendo e que, no dizer do mestre, “O Direito é o que dele faz o processo de sua produção”, ou, como bem explicou em passagem de obrigatória transcrição:

A relação entre o processo e a produção do direito e o que dele resulta como produto, seja sob a forma de enunciado, seja em termos de decisão (dizer o Direito e aplicar o Direito) não é, portanto, de caráter instrumental, meio-fim, como se dá no âmbito dos produtos do trabalho do homem, sim de natureza substancial, orgânica, integrativa, como ocorre necessariamente no âmbito da *ação* (grifo do original) especificamente humana. O Direito é o que dele faz o processo de sua produção. Isso nos adverte de que o Direito nunca é algo dado, pronto, preestabelecido ou pré-produzido, cuja fruição é possível mediante simples utilização do já feito ou acabado. O Direito é produzido em cada ato de sua produção e subsiste com sua aplicação e somente enquanto está sendo produzido ou aplicado. (PASSOS, 1999, p. 25).

Este princípio de instrumentalidade do processo se irradia por todo o CPC em vigor, tendo sido mantido no NCPC, como observa Wambier (2015, p. 1191), no multicitado artigo, revelando-se como princípio da instrumentalidade das formas, em que o art. 188 do NCPC reproduz o art. 154 do CPC ainda em vigor que havia consagrado tanto o princípio da legalidade, ao estabelecer que os atos e termos processuais dependam de forma, exceto quando a lei não exigir expressamente e como o princípio da fungibilidade, em que, se relacionando de forma íntima com a concepção de que o processo deve ser célere e efetivo – expressamente defendida pelos autores do NCPC – teve segura aplicação na disciplina dos recursos. (MACHADO, 2010, p. 1192-1193).

CONCLUSÃO

Após o exame dos princípios processuais, chega-se à conclusão de que a atividade do juiz, na condução do processo, se apresenta como uma gama de atribuições identificadas como conjunto de atos voltados à consecução de atividades, próprias de quem exercita uma função pública: a de distribuir justiça, identificada como o exercício de poderes e deveres e não – como insistem alguns em afirmar – apenas como poderes, a ponto de se divulgar que o NCPC aumentara consideravelmente os poderes do juiz.

Na verdade, ao conceber-se o processo em sua forma publicista, o legislador do NCPC passou a admitir o negócio jurídico processual (no art. 190 NCPC), prestigiando mais que tudo o acordo entre as partes e, em vários dispositivos, revelou um cuidado – de certo modo excessivo, de, por exemplo, de o juiz – ao verificar que a petição inicial não preenche os requisitos de lei, ser obrigado a indicar – com precisão – o que deve ser corrigido ou completado, e também, o que consta no art. 10 do NCPC em que, ainda que deva decidir de ofício, o juiz também é obrigado a dar às partes oportunidade para se manifestarem a respeito.

Por fim, as observações aqui feitas não significam discordância expressa com as medidas adotadas, mas a convicção de que bem representam o agravamento das tarefas já atribuídas ao magistrado que, em alguns momentos, mesmo que discorde desses dispositivos do NCPC, deverá cumpri-los sem que sua atividade possa ser razoavelmente qualificada como o exercício de um poder.

REFERÊNCIAS

AULETA, Giuseppe. Verbete attività. **Enciclopedia del diritto**, vol. III, Verese, Dott. A. Giuffré Editrice, 1958.

BARCELLOS, Bruno Lima. Efetivação do princípio da celeridade mediante a coibição do abuso processual. Acesso à Justiça. Morosidade no judiciário e as promessas do novo CPC. 2010. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6314/Efetivacao-do-principio-da-celeridade-mediante-a-coibicao-do-abuso-processual>>.

BUENO, Casso Scarpinella. **Novo código de processo civil anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. **Jurisdição, ação (defesa) e processo**. São Paulo: Dialética, 1997.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 4. ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 1994.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. 3. ed. ver. atual. aumentada. São Paulo: Saraiva, 2008.

EFETIVAÇÃO do princípio da celeridade mediante a coibição do abuso processual. Acesso à Justiça. Morosidade no judiciário e as promessas do novo CPC, Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6314/Efetivacao-do-principio-da-celeridade-mediante-a-coibicao-do-abuso-processual>>

FERRAZ FILHO, José Francisco. In: MACHADO, Costa (org.). **Constituição Federal interpretada** – artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. São Paulo: Manole, Barueri, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Processo em sua unidade – II**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

MACHADO, Costa. (org.) **Constituição federal interpretada** – artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. São Paulo: Manole, 2010.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo código de processo civil comentado**. 3. ed. São Paulo: RT, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRANDA, Jorge. Funções, **Órgãos e actos do Estado**. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, edição policopiada, 1990.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. As Bases do Direito Processual Civil. In: **Temas de direito processual**, primeira série. São Paulo: Saraiva, 1988.

PASSOS, J. J. Calmon de. Direito, poder, justiça e processo. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/21161739/jose...de...direito...processo.../9>>.

PÉREZ, Ragone Álvaro J; PRADILLO Juan Carlos Ortiz. **Código procesal civil alemán**. traducción con un estudio introductorio al proceso civil alemán contemporáneo, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2006.

REZENDE FILHO, Gabriel José Rodrigues de. **Curso de Direito Processual Civil**. 8. ed. anotada, corrigida e atualizada por Benvindo Aires. São Paulo: Saraiva, 1965.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et alii. **Primeiros comentários ao novo código de processo civil** – artigo por artigo. São Paulo: RT, 2015.

AS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS DAS CONTRA-ORDENAÇÕES LABORAIS NO DIREITO PORTUGUÊS VERSUS CONTRA-ORDENAÇÕES LABORAIS NO DIREITO ANGOLANO

Biscay Eusébio Nunda Kassoma

Formação em Filosofia no Seminário Maior do Cristo Rei, em Huambo-Angola, Licenciatura e Mestrando em Ciências Jurídico-Forenses, pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal.

RESUMO: *o objetivo deste artigo é fazer uma comparação entre os regimes das sanções administrativas contra-ordenacionais laborais no ordenamento jurídico português com o regime substantivos e adjectivos das contra-ordenações laborais no ordenamento jurídico angolano. Para tanto, traz reflexões acerca do regime, com seus elementos e princípios, chegando à conclusão de que a criação de um Regime Geral das Contra-Ordenações e de um Regime Processual das Contra-Ordenações Laborais colaboraria para uma eficaz justiça administrativa em geral, e laboral em particular, ao estabelecer quais as competências da Inspeção Geral do Trabalho e da Sala do Trabalho do Tribunal Provincial.*

PALAVRAS-CHAVE: *Sanções administrativas. Contra-ordenações laborais.*

ABSTRACT: *o objetivo deste artigo é fazer uma comparação entre os regimes das sanções administrativas contra-ordenacionais laborais no ordenamento jurídico português com o regime substantivos e adjectivos das contra-ordenações laborais no ordenamento jurídico angolano. Para tanto, traz reflexões acerca do regime, com seus elementos e princípios, chegando à conclusão de que a criação de um Regime Geral das Contra-Ordenações e de um Regime Processual das Contra-Ordenações Laborais colaboraria para uma eficaz justiça administrativa em geral, e laboral em particular, ao estabelecer quais as competências da Inspeção Geral do Trabalho e da Sala do Trabalho do Tribunal Provincial.*

KEYWORDS: *Sanções administrativas. Contra-ordenações laborais.*

INTRODUÇÃO

Este trabalho surge de um conhecimento sobre a manifesta dificuldade dos Tribunais Laborais e Administrativos Angolanos em dirimirem ilícitos de mera ordenação social de cariz laboral, face às diversas vicissitudes de ordem processual e substantiva com que se deparam. Todavia, faremos uma comparação entre os regimes das sanções administrativas contra-ordenacionais laborais no ordenamento jurídico português com o regime substantivos e adjectivos das contra-ordenações laborais no ordenamento jurídico angolano.⁵

⁵ O DL.n.º.232/79, de 24 de julho, instaurou em Portugal o chamado Direito de mera ordenação ou, talvez mais rigorosamente, o Direito das contra-ordenações:(foi com algum espanto que os práticos do direito e a própria opinião pública acolheram esta inovação legislativa. Dele se fizeram eco os meios de comunicação social). É

Almeja-se encontrar soluções técnico-jurídicas que possam preencher e agilizar o procedimento contravencional laboral angolano, quer na fase administrativa, atribuída à Inspeção Geral do Trabalho (IGT), quer essencialmente na fase judicial, e ainda ao nível da eventual impugnação judicial da decisão proferida pela IGT, bem como no que concerne à execução das multas não liquidadas pelos arguidos.

Nesse trilhar de tal desiderato, começar-se-à por abordar o direito de mera ordenação social no ordenamento jurídico português, de que foi alvo, destacando-se como um ramo de direito autónomo. Enquadraremos o DL n.º433/82, de 27 de Outubro, revisto e actualizado, que aprovou o Regime Geral das Contra-Ordenações (RGCO), considerada a “lei de referência” do direito contra-ordenacional português, partindo seguidamente para a compreensão dos regimes substantivos e adjectivo do procedimento contra-ordenacional laboral português, pois só deste modo poderemos interligá-los com o direito contravencional angolano, nomeadamente com as normas de direito adjectivo e, por fim, enumeraremos as principais conclusões.

1 O REGIME GERAL DAS CONTRA-ORDANÇÕES

Nos termos do art.1º do RGCO “Constituiu contra-ordenação todo o facto ilícito e censurável que preencha um tipo legal no qual se comine uma coima”. Daí afirmar que o facto que constitui contra-ordenação consiste em uma conduta humana, voluntária e culposa, que preenche um tipo onde legalmente estão protegidos bens jurídicos.

Neste sentido advogam Santos e Sousa (2011, p. 48) que

Este art.1º consagra um critério puramente formal de distinção entre crimes e contra-ordenações, que tem a vantagem prática de evitar, no plano da aplicação do direito, a tomada de posição sobre a controversa questão da distinção substantiva entre ilícito criminal e ilícito contra-ordenacional. Assim, é de qualificar como contra-ordenação qualquer facto para o qual esteja prevista na lei a aplicação de uma coima. A coima é a sanção normal do direito de mera ordenação social. No entanto, para além da coima, as contra-ordenações podem ser sancionadas com sanções acessórias previstas no art. 21º.

Com efeito, em contraposição ao ilícito penal, as contra-ordenações correspondem ao novo tipo de ilicitude que o legislador optou por qualificar de mera ordenação social.

manifesto o alcance desta inovação legislativa que veio cindir o ordenamento repressivo português, criando, ao lado do direito penal e dele autonomizado tanto no plano substantivo como processual um novo ramo de direito. Ela significa, no plano do direito comparado, um passo decisivo no encurtamento das distâncias em relação àqueles países com cuja experiência jurídica temos um rico património comum. (ANDRADE, 1980-1981, p. 81).

1.1 ELEMENTOS DA CONTRA-ORDENAÇÃO

No entendimento de Santos e Sousa (2011, p. 52-54), são elementos da contra-ordenação:

a) A conduta: entendida como o

comportamento humano, expresso de forma voluntária e consciente (não é a conduta o acto meramente reflexo ou inconsciente), activo (isto é, expresso de forma positiva, actuante) ou negativo (ou seja, expresso pela inactividade, a abstenção, a omissão, o não fazer), que produz um resultado (o mesmo é dizer, uma alteração no mundo exterior).

A conduta pode, como afirmam os autores, manifestar por acção ou omissão. Entendendo os mesmos que com “a acção viola-se a norma jurídica, fazendo o que a lei proíbe”, e com “a omissão viola-se a norma jurídica, não fazendo o que a lei manda”⁶.

Definindo, os referidos autores, acção como “o facto positivo, a actuação, que implica que o agente leve a cabo um ou mais movimentos corporais que conduzem à produção do evento”. E omissão como sendo

a abstenção de actuar, isto é, o não fazer ou deixar fazer, podendo ser simples ou própria (a que se traduz num comportamento negativo voluntário ou imprudente, ainda que não conduza a um resultado material) ou omissiva ou imprópria (a que se materializa numa abstenção que produz um resultado material proibido). Com a omissão viola-se a norma jurídica, não fazendo o que a lei manda.

Concluindo, os autores entendem que as “contra-ordenações praticadas por meio de acção são as contra-ordenações comissivas”, e as “praticadas por omissão são as contra-ordenações omissivas.”

b) A tipicidade: entendida pelos mesmos autores como “a adequação da conduta ao tipo, ou seja, o enquadramento de um comportamento real à hipótese legal, preenchendo-se tal requisito quando a conduta de alguém encaixa exactamente na abstracção plasmada na lei”.

Definindo tipo como sendo “a descrição legal de uma contra-ordenação, ou seja, o molde concebido pelo legislador e que nos oferece os modelos ou padrões do comportamento humano tido em cada momento histórico como merecedores de censura, na medida em que

⁶ Não entregar o modelo de IRS em tempo (contra-ordenação tributária); o condutor do veículo não vestir o colete em caso de avaria/acidente (contra-ordenação rodoviária).

violam valores essenciais da comunidade”.

O tipo será, pois, o desenho da contra-ordenação, ou melhor, a indicação dos elementos que constituem determinado ilícito contra-ordenacional e que devem ser preenchidos pela conduta do agente”.

c) A ilicitude: é definida pelos autores como “a desconformidade com o direito.” Referindo que, “é ilícita toda a conduta humana que é contrária ao estabelecido na lei.”

A ilicitude, é pois, a antijuricidade do comportamento, ou antijurídica é uma acção típica que não é justificada.”

d) A culpabilidade: vista pelos mesmos autores como “o elemento subjectivo do delito”, consistindo na “relação que se estabelece entre a vontade do agente em cometer o facto e a conduta que o conduz a esse mesmo facto: a vontade de infringir o dever de agir ou não agir, imposto por lei.”

No fundo, é a possibilidade de o comportamento assumido pelo agente vir a ser-lhe censurado por lhe ter dado causa. A culpabilidade pode manifestar-se através do dolo ou intenção (propósito de cometer o facto ilícito – culpabilidade directa) e da negligência (falta de cuidado devido que leva a esse cometimento – culpabilidade indirecta)”.

1.2 PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, DA TIPCIDADE E DA NÃO RETROATIVIDADE DA LEI CONTRA-ORDENACIONAL

O artigo 2.º do RGCO dispõe que “Só será punido como contra-ordenação o facto descrito e declarado passível de coima por lei anterior ao momento da sua prática”, isto é, só aquele que previamente já se encontrar tipificado (princípio da tipicidade) na lei, consagrando, deste modo, o princípio da não retroactividade da lei contra-ordenacional, também subjacente ao artigo 3º.do RGCO.

1.2.1 Princípio da legalidade

Resulta do princípio da legalidade que a lei incriminadora não admite interpretação extensiva, nem as suas lacunas podem ser supridas por recurso à analogia, por força da exigência de clareza e determinabilidade dos vários tipos contra-ordenacionais.

Este princípio constitui não apenas um limite, mas também o fundamento do exercício do poder administrativo, abrangendo toda a actividade administrativa e não apenas a

sancionatória. Ou seja, o princípio da legalidade, aplicável ao regime substantivo das contra-ordenações ex vi do artigo 32.º do RGCO, é um princípio basilar de direito penal, nos termos do qual “nullum crimen sine lege e nulla poena sine lege”, funcionando como um garante para os cidadãos face à crescente autoridade sancionadora do Estado.

1.2.2 Princípio da tipicidade

Corresponde ao aspecto material do princípio da legalidade, ou seja, só podemos considerar um facto ilícito e punível quando, de forma exacta, taxativa e inequívoca, esteja consagrado na lei o tipo contra-ordenacional e as sanções aplicáveis.

O princípio da tipicidade em sede do DMOS é decalcado do mesmo princípio aplicado às penas criminais, conferindo aos cidadãos segurança e confiança no ordenamento jurídico vigente.

Nos termos do artigo 5.º do RGCO, o facto tipificado como contra-ordenação considera-se praticado: No caso de acção: “no momento em que o agente actuou”; - No caso de omissão: “no momento em que o agente deveria ter actuado, independentemente do momento em que o resultado típico se tenha produzido”.

1.2.3 Princípio da não retroactividade

Consiste na proibição de sancionar condutas anteriores à lei tipificadora. Nenhum cidadão pode ser punido com base num preceito inexistente à data da sua actuação, uma vez que do mesmo não poderia ter conhecimento.

Inclusivamente este princípio encontra-se consagrado na Declaração Universal dos Direitos do Homem, designadamente no art.11º/2-1ª parte, prevendo-se que “Ninguém será condenado por acções ou omissões que, no momento da sua prática, não constituam acto delituoso à face do direito interno ou internacional.”

Conforme o preceituado no art.3.º do RGCO, no que diz respeito à punição de determinado facto como contra-ordenação, ter-se-á que observar:

- A “lei vigente no momento da prática do facto”; - “Se a lei vigente aquando da prática do facto sofrer alterações, aplicar-se-á a lei mais favorável ao arguido” (princípio da aplicação retroactiva da lei mais favorável), “salvo se este já tiver sido condenado por decisão definitiva ou transitada em julgado e já executada”.

Canotilho e Moreira (2010, p. 498) distinguem várias vertentes deste princípio:

i) só a lei é competente para definir crimes (bem como os pressupostos das medidas de segurança) e respectivas penas (bem como as medidas de segurança) – princípio da legalidade; ii) a lei deve especificar suficientemente os factos que constituem o tipo legal de crime (ou que constituem os pressupostos de medida de segurança), bem como tipificar as penas (ou as medidas de segurança) – princípio da tipicidade; iii) a lei não pode criminalizar factos passados (nem dar lhes relevância para efeito de medidas de segurança), nem punir mais severamente crimes anteriormente praticados (ou aplicar medidas de segurança mais gravosas a pressupostos anteriormente verificados) – princípio da não retroactividade da lei penal; (d) a lei despenalizadora ou que puna menos severamente determinado crime aplica-se a factos passados (princípio da aplicação retroactiva da lei penal mais favorável).

Os autores acima citados entendem que estes “princípios devem, na parte pertinente, valer por analogia para os demais domínios sancionatórios, designadamente o ilícito de mera ordenação social.”

Nesta perspectiva Miranda e Medeiros (2007, p. 331) defendem esta extensão, afirmando que,

embora o art.29º CRP, se refira somente à lei criminal, deve considerar-se que parte destes princípios (nomeadamente, o da proibição da aplicação retroactiva desfavorável) se aplicam também aos outros dois ramos de direito público sancionatório: o direito de mera ordenação social. No sentido da aplicação do princípio criminal da lei mais favorável também ao ilícito contraordenacional e ao ilícito disciplinar vai o art.282º/3 da CRP.

2 AS CONTRA-ORDENAÇÕES LABORAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS

2.1 O REGIME SUBSTANTIVO

O regime substantivo das contra-ordenações laborais encontra-se regulado na Lei nº.7/2009, de 12 de Fevereiro, com as alterações introduzidas pelas Leis n.º 105/2009, de 14 de Setembro, 53/2011, de 14 de Outubro, 23/2012, de 25 de Junho, 47/2012, de 29 de Agosto, 69/2013, de 30 de Agosto, 27/2014, de 8 de Maio, e 55/2014, de 25 de Agosto, que aprovou o Código do Trabalho (CT), aplicando-se, subsidiariamente o RGCO (art.549º do CT), que indica como legislação subsidiária o CP na parte substantiva, e o CPP e demais preceitos reguladores do processo criminal na parte adjectiva.

Ainda assim, defende Soares (2011, p. 327),

terá o intérprete e o aplicador do direito de mera ordenação de valer-se frequentemente de normas ou princípios de outros códigos para onde aqueles

remetem ou em resultado de situações lacunosas deste ramo de direito (Código Civil, Código de Processo Civil, Código das Custas Judiciais e até o Código do Procedimento Administrativo).

O que importa considerar e garantir é que as soluções aí encontradas não sejam incompatíveis, pela sua natureza, com a solução que se procura. “É ainda que com elas não haja diminuição dos direitos ou garantias de defesa dos arguidos.” (SOARES, 2011, p. 327). Todavia, entendemos que só em último recurso se deve utilizar como direito subsidiário do RGCO e por consequência do CT, outro direito que não seja o constante do CP e dos preceitos reguladores do processo penal, designadamente do CPP, uma vez que o DMOS, embora autónomo, tem a sua génese no Direito Penal.

2.1.1 Contra-ordenações laborais

Nos termos do disposto no art. 548º do CT, “Constitui contra-ordenação laboral o facto típico, ilícito e censurável que consubstancie a violação de uma norma que consagre direitos ou imponha deveres a qualquer sujeito no âmbito da relação laboral e que seja punível com coima”. O conceito de contra-ordenação laboral é, assim, composto por quatro elementos:

i) Pressupõe uma tipificação legal, não sendo possível recorrer à analogia, como sucede no Direito Penal; ii) O facto que consubstancia a infracção tem de ser ilícito e censurável; iii) A contra-ordenação implica a violação de normas que consagrem direitos ou imponham deveres aos sujeitos da relação laboral, ou seja, normas de Direito do Trabalho; iv) A contra-ordenação deve ser sancionada com coima.

2.1.2 Tipos de contra-ordenação laboral

Consagradas no CT, encontramos uma panóplia de tipos de contra-ordenações laborais, escalonadas pelo legislador de acordo com a gravidade, como: leves, graves e muito graves, das quais seguidamente, a título exemplificativo, elencaremos alguns a fim de melhor se entender esta opção do legislador. Deste modo, *constitui contra-ordenação leve*:

- A violação do nº.5, do art. 68º do CT, que dispõe que “O empregador comunica ao serviço com competência inspectiva do ministério responsável pela área laboral a admissão de menor efectuada ao abrigo do nº.3 deste artigo, nos oito dias subsequentes”; - A violação do nº8, do art.231º do CT; - A violação do nº3, do artigo 276º do CT.

Por sua vez, constitui contra-ordenação grave:

1 A violação do nº3, do artigo 21º do CT, que dispõe que

Os dados pessoais recolhidos através dos meios de vigilância a distância são conservados durante o período necessário para a prossecução das finalidades da utilização a que se destinam, devendo ser destruídos no momento da transferência do trabalhador para outro local de trabalho ou da cessação do contrato de trabalho;- A violação do nº1, do artigo 59º do CT; [...].

2 A violação do nº1, do artigo 90º do CT.

E por fim constitui contra-ordenação muito grave:

-A violação do nº.1 do artigo 30º do CT, que preceitua que “A exclusão ou restrição de acesso de candidato a emprego ou trabalhador em razão do sexo a determinada actividade ou à formação profissional exigida para ter acesso a essa actividade constitui discriminação em função do sexo”. -A violação do disposto no nº1, do artigo 273º do CT,”- A violação do disposto no nº.1, do artigo 279º do CT, que prevê que “Na pendência de contrato de trabalho, o empregador não pode compensar a retribuição em dívida com crédito que tenha sobre o trabalhador, nem fazer desconto ou dedução no montante daquela”.

2.2 O REGIME ADJECTIVO

No que respeita ao regime adjectivo, concretamente ao procedimento contra-ordenacional, cumpre salientar que se encontra consagrado na Lei nº.107/2009, de 14 de Setembro, que veio aprovar o Regime Processual das Contra-Ordenações Laborais e de Segurança Social (RPCOLSS).

Subsidiariamente, de acordo com o preceituado no RPCOLSS são aplicáveis ao processamento das contra-ordenações laborais, com as necessárias adaptações, e desde que o contrário não resulte da lei, os preceitos reguladores do processo de contra-ordenação previstos no RGCO. (Artigo 60º do RPCOLSS).

O procedimento das contra-ordenações laborais compete à Autoridade para as Condições do Trabalho (ACT), de acordo com o disposto no artigo 2º, nº.1, alínea a) do RPCOLSS. Cabe ao Inspector-Geral do Trabalho a aplicação das coimas e sanções acessórias aplicáveis às contra-ordenações laborais, de acordo com o preceituado no artigo 3º, nº.1 alínea a) do RPCOLSS, podendo delegar esta competência nos subinspectores-gerais e nos dirigentes com competência inspectiva, com a faculdade de subdelegar (de acordo com o disposto no artigo 3º, nº.2 do RPCOLSS, em articulação com o artigo 44º e ss. do CPA).

No âmbito das respectivas áreas geográficas de actuação, os serviços desconcentrados

da ACT em cuja área territorial se tenha verificado a contra-ordenação são competentes para o seu procedimento, de acordo com a correspondente lei orgânica. (Decreto Regulamentar n.º.47/2012, de 31 de Julho).

3 O ORDENAMENTO JURÍDICO ANGOLANO DAS CONTRAVENÇÕES LABORAIS

3.1 TERMINOLOGIA: CONTRAVENÇÃO E CONTRA-ORDENAÇÃO

Importa, já de início, abordarmos os termos contravenção e contra-ordenação, bem como enquadrá-los no ordenamento jurídico angolano e português⁷.

Se, por um lado, as contravenções e as transgressões diferem dos crimes, pois as primeiras são punidas com multas, não convertíveis em pena de prisão, e os segundos são punidos com pena de prisão ou com multa, esta convertível em pena de prisão, “no caso de o condenado não liquidar o valor da multa em que foi condenado em sede de processo criminal”; por outro lado, não existe um verdadeiro direito de mera ordenação social como no ordenamento jurídico português. Ou seja, no ordenamento jurídico angolano, não existe um RGCO, que por si só confira autonomia ao Direito Contra-ordenacional, em sede do qual poderão ser aplicadas admoestações, coimas e sanções acessórias, apenas se recorrendo ao Direito Penal (subjectivo e adjectivo) de forma subsidiária e na estrita medida da respectiva aplicabilidade ao caso concreto.

O Direito de mera ordenação social é tão relevante que, no nosso entendimento, poderá revestir-se de uma crucial importância para a maior eficácia do sistema judicial angolano, no que concerne à tramitação das contravenções laborais e à execução das multas e/ou sanções acessórias aplicadas pela prática das mesmas.

Nesses termos, está previsto no artigo 3º do RMCLGT que: consideram-se contravenções “os factos que contêm elementos constitutivos de violação ou falta de observância das disposições preventivas das leis e regulamentos referentes à relação laboral”.

As contravenções laborais no ordenamento jurídico angolano sustentam-se, essencialmente, em dois diplomas: a Lei n.º.2/00, de 11 de Fevereiro e o Decreto n.º.11/03, de 11 de Março. Não obstante, existem outros diplomas que prevêm contravenções laborais, como sejam a Lei n.º.23/91, de 15 de Junho, a Lei n.º.7/04, de 15 de Outubro e o Decreto

⁷ Efectivamente, no ordenamento jurídico angolano, encontram-se consagradas contravenções e transgressões, que não se encontram de todo autonomizadas do direito penal angolano.

n.º38/08, de 19 de Junho.

É de entendermos que o ordenamento jurídico angolano deve evoluir nesse sentido, isto é, para a criação de um Direito de mera ordenação social autónomo do direito penal, como evoluiu o ordenamento jurídico português, mas ainda de uma forma mais consistente. Refira-se que, mesmo no ordenamento jurídico português, onde como já vimos o direito de mera ordenação social deu os primeiros passos ainda que ténues em 1979, só em 2006 é que foram erradicadas de vez as contravenções e as transgressões. Com efeito, o artigo 35º da Lei n.º30/2006, de 11 de Julho, determinou que as infracções previstas na legislação em vigor como contravenções e transgressões que não tenham sido individualmente reguladas passam a assumir a natureza de contra-ordenações, estabelecendo também o respectivo regime.

3.2 A REALIDADE DO PROCEDIMENTO CONTRAVENCIONAL LABORAL ANGOLANO

Actualmente o procedimento contravencional laboral angolano padece de uma dupla competência jurisdicional, que de todo não contribui para uma ágil e eficaz administração da justice, no que concerne ao processamento e à punição da prática de contravenções laborais.

Todavia, são da competência material da Sala do Trabalho dos Tribunais Provinciais as matérias referidas no ponto anterior, sendo as transgressões ou contravenções processadas e julgadas nos termos da Lei Processual Penal. Nestes termos, o artigo 66º do CPPA dispõe que serão julgadas em processo de transgressões as contravenções, qualquer que seja a disposição legal em que estejam previstas, e as transgressões de regulamentos, editais, posturas ou quaisquer disposições que, atendendo à entidade que as formula, devam qualificar-se de regulamentares.

No que concerne à tramitação do processo de transgressões, prescreve o artigo 47º do Decreto-Lei n.º. 35007, de 13 de Outubro de 1945, com as alterações introduzidas pela Portaria n.º.17076, de 20 de Março de 1959, que o Juiz designará data para julgamento, na precedência de um auto de notícia que faça fé em juízo, sendo que, no caso de o auto não satisfazer os requisitos legais, o mesmo é devolvido para sua regularização ou instrução do processo.

O Ministério Público poderá acusar oralmente e será notificado da decisão final. Porém, na Sala do Trabalho do Tribunal Provincial, na realidade não existem para instruir o respectivo procedimento autos de notícia cujo objecto sejam contravenções laborais, porquanto aqueles não chegam a esta instância. Para além disso, o juiz laboral está

impossibilitado de decidir conflitos respeitantes a contravenções laborais, conquanto o Código do Processo Civil Angolano, enquanto direito subsidiário do processo laboral, não contempla qualquer dispositivo legal semelhante ao artigo 265.º-A do Código de Processo Civil Português, que consagra o princípio da adequação formal, nos termos do qual quando a tramitação processual prevista na lei não se adequar às especificidades da causa, deve o juiz oficiosamente, ouvidas as partes, determinar a prática dos actos que melhor se ajustem ao fim do processo, bem como as necessárias adaptações, como entendem Paula Quintas e Helder Quintas (2012, p. 301-3012).

Por outro lado, o artigo 318º da LGT dispõe que as contravenções ao disposto na LGT e demais legislação complementar são punidas com multa, nos termos de diploma próprio que fixa os limites máximo e mínimo da punição para cada conduta contravencional, a competência para a aplicação das multas, os critérios de graduação destas e o prazo de caducidade da acção contravencional. Razão pela qual surgiu posteriormente o RMCLGT, que no artigo 4º veio determinar expressamente que a aplicação das multas previstas é da competência exclusiva da IGT, ou seja, os Tribunais Laborais não têm competência para a aplicação de multas.⁸

Na prática, a realidade do procedimento contravencional angolano, não obstante o quadro legislativo acima analisado, assenta numa acção inspectiva efectuada pela IGT que desencadeia o respectivo procedimento contra-ordenacional, culminando na aplicação, quando for caso disso, de uma multa ao infractor. Todavia, quando o infractor não liquida a multa que lhe foi aplicada pela IGT, desde a extinção do Tribunal de Execuções Fiscais da organização judiciária angolana, os valores das multas aplicadas não são executados, esvaziando-se por completo os fins das multas, conquanto o infractor acaba por não sofrer os efeitos da sanção que lhe foi aplicada. Por exemplo:

quando o Juiz de Trabalho se depara, em sede de um processo de reivindicação de um qualquer direito por parte do trabalhador, com a prática de uma contravenção laboral pelo empregador, não pode decidir no que à contravenção diz respeito, uma vez que, como já observado, a aplicação das multas é da competência exclusiva da IGT.

Com efeito, a Sala do Trabalho apenas em sede de uma acção comum poderá decidir

⁸ Existe no sistema judicial angolano um conflito de competências nesta área do Direito sancionatório, entre as autoridades judiciais e as autoridades administrativas, não existindo qualquer estudo ou mesmo jurisprudência que contribua para minorar esta disfuncionalidade do actual sistema, concretizada na inaplicabilidade das normas adjectivas aplicáveis ao procedimento contra-ordenacional angolano.

sobre um determinado montante a atribuir ao trabalhador, por exemplo decorrente de descontos para a Segurança Social não efectuados pelo empregador, mediante instrução procedida pela IGT, considerando que o Tribunal não tem competência para o fazer. Por outro lado, em sede de processo contravencional instruído e decidido pela IGT, esta autoridade para além de aplicar ao infractor uma coima, pode determinar também na decisão condenatória determinado montante a atribuir ao trabalhador.

3.2.1 A lei geral do trabalho

Caracteriza-se por ser o instrumento legal por excelência que regula as relações laborais entre empregador e trabalhador. Atento o dinamismo da relação jurídico-laboral, fundamentado numa vincada componente de cariz sócio-económico, a Lei Geral do Trabalho (LGT) encontra-se dividida da seguinte forma: Princípios Gerais; - Constituição da relação jurídico-laboral; - Conteúdo da relação jurídico-laboral; - Modificação da relação jurídico-laboral; - Condições de prestações de trabalho; - Duração e organização temporal do trabalho;- Suspensão da prestação do trabalho; - Remuneração do trabalho e outros direitos económicos do trabalhador; - Suspensão da relação jurídico-laboral; - Extinção da relação jurídico-laboral; - Condições aplicáveis a grupos específicos de trabalhadores; - Promoção social e cultural dos trabalhadores; - Garantia dos direitos emergentes da relação jurídico-laboral; - Competências dos tribunais.

Com efeito, prevê expressamente o artigo 318º da LGT que as

contravenções ao disposto na presente lei e demais legislação complementar são punidas com multa, nos termos de diploma próprio que fixa os limites máximo e mínimo de punição para cada conduta contravencional, a competência para aplicação de multas, os critérios de graduação destas e o prazo de caducidade da acção contravencional.

As multas aplicadas pela prática de uma contravenção, de acordo com o disposto no artigo 319º da LGT, não são convertíveis, como já acima se referiu, em pena de prisão.

3.2.1.1 Inspeção-geral do trabalho

A IGT é um organismo integrado na estrutura do Ministério da Administração Pública, Emprego e Segurança Social (MAPESS). Ela tem por objectivos controlar, informar e orientar os sujeitos da relação jurídico-laboral na interpretação e aplicação das normas relativas às

condições e às relações laborais, propondo-se, desta forma, a dar resposta de forma eficaz a todas as questões emergentes do mundo do trabalho e salvaguardando assim os interesses quer dos trabalhadores, quer dos empregadores.

Com a entrada em vigor do Decreto n.º 8/07, de 4 de Maio, relativo à nova orgânica do MAPESS, “a IGT tem vindo a assumir a natureza de Instituto Público, passando a impender sobre ela poderes de superintendência e tutela do Ministério.”⁹ Ela é dirigida por um Inspector-Geral, comportando órgãos centrais e serviços provinciais, visando à descentralização dos serviços públicos. (Artigo 5º do RIGT). Das competências do Inspector-Geral; porque com maior relevância para o nosso trabalho, destacamos as seguintes: - Determinar acções de inspecção; - Proceder à confirmação, desconfirmação e revisão dos autos de notícia; - Graduar o montante das multas a aplicar quando este se situa entre os limites da moldura contravencional estabelecida para a respectiva infracção.

3.2.1.2 *Âmbito de actuação e atribuições da IGT*

O artigo 2º do RIGT identifica como destinatários da acção inspectiva e fiscalizadora da IGT qualquer entidade individual ou colectiva, estatal mista, privada ou cooperativa, que exerça uma actividade de produção, comércio ou serviço, bem como qualquer outra que implique a celebração de contratos de trabalho, excluindo-se deste âmbito as relações jurídico-laborais específicas da função pública. São cometidas à IGT atribuições gerais e específicas, encontrando-se as segundas direccionadas para diferentes vertentes, como sejam a relação jurídico-laboral, a administração do trabalho, as relações colectivas de trabalho, a segurança e saúde no trabalho, o emprego e desemprego, e a segurança social.

3.3 O PROCESSO DE CONTRAVENÇÃO LABORAL

O processo contravencional inicia-se com a elaboração pelos inspectores do trabalho do competente auto de notícia, definindo o Artigo 18 do RIGT que, em tudo o que nele não se encontre especificamente regulado sobre o conteúdo, valor, elaboração e tramitação do auto de notícia, deverá ser aplicado subsidiariamente o Código de Processo Penal Angolano (CPPA).

⁹ Disponível em: www.cplp.org.

O auto de notícia deverá conter os seguintes elementos: - Indicação do dia, hora e local em que a infracção ocorreu e foi detectada; - Identificação completa do infractor (pessoa singular, colectiva ou associação irregular), no caso de pessoa não singular deverá ser indicada a designação social, a actividade prosseguida e o domicílio dos correspondentes gerentes, administradores, directores ou membros do órgão gestor; - Descrição rigorosa dos factos que constituem infracção, contemplando não só a descrição das circunstâncias em que a infracção foi cometida, como também indicando a forma como os factos foram apurados; - Assinatura do infractor; - Quando a acção inspectiva coerciva implique receitas para a Segurança Social ou para os trabalhadores, serão sempre apurados e discriminados os respectivos montantes em mapa próprio para esse efeito, que fará parte integrante do auto de notícia. Apenas com um auto de notícia devidamente elaborado, a IGT poderá proceder à cabal instrução do procedimento contravencional laboral, pelo que afigura-se de relevante importância que os autos de notícia elaborados pelos inspectores do trabalho contenham os elementos acima enunciados.

A eficácia do auto de notícia depende da confirmação efectuada pelo Inspector-Geral de Trabalho, ou em quem este delegue esta competência, fazendo fé em juízo até prova em contrário. A não confirmação do auto de notícia, bem como a desconfirmação e revisão, serão objecto de auto devidamente fundamentado e registado em livro próprio. (Artigo 21º, nºs. 1 e 3 do RIGT).

3. 4 COMPETÊNCIA DOS TRIBUNAIS EM MATÉRIA LABORAL

Nos termos das alíneas c), d), e) e g), do artigo 4º da Lei nº.22-B/92, de 9 de Setembro, é da competência material da Sala de Trabalho dos Tribunais Provinciais, entre outras: - As transgressões ou contravenções às normas legais reguladoras das relações jurídico-laborais; - As transgressões ou contravenções às normas legais ou regulamentares sobre o horário, higiene, salubridade e segurança social; - As transgressões ou contravenções às normas que instituem e regulam o sistema de segurança social; - As infracções previstas na LG.

Com efeito, o artigo 13º, nº.1 da Lei nº.22-B/92, de 9 de Setembro, determina que as transgressões ou contravenções laborais serão processada e julgadas nos termos da Lei

Processual Penal¹⁰.

- a) Contributo para a melhoria do procedimento contravencional angolano
 - De ordem substantiva

Na sequência da análise que fizemos do Direito de mera ordenação social português, com especial enfoque no RGCO e, como não poderia deixar de ser face à temática, nos regimes substantivo (CT) e adjectivo (RPCOLSS) das contra-ordenações laborais portuguesas, bem como da análise do processo contravencional laboral angolano e de outros regimes vigentes no ordenamento jurídico angolano, sugeriu-se algumas medidas, de carácter substantivo e adjectivo, conducentes à melhoria da tramitação do procedimento contravencional angolano, em prol da boa administração da justiça, *in casu* da justiça laboral.

Aliás, a alínea t), do n.º.1, do artigo 165º da CRA, dispõe que compete à Assembleia Nacional legislar com reserva relativa, salvo autorização concedida ao Executivo, sobre o regime geral dos actos ilícitos de mera ordenação social, bem como do respectivo processo. Deste modo, há que expurgar do ordenamento jurídico angolano o termo contravenção que, como vimos, está directamente ligado ao Direito Penal, substituindo-o pelo termo contra-ordenação, a sanção primordial em sede do Direito de mera ordenação social, a qual será aplicável uma coima em vez de uma multa, persistindo esta apenas no âmbito do Direito Penal. Ou seja, toda a legislação vindoura respeitante a esta matéria deverá passar a utilizar a terminologia contra-ordenação e coima.

Defende-se, também, que no Regime Geral das Contra-Ordenações a criar, deverá constar a sanção de admoestação, em termos semelhantes aos constantes no artigo 51º do Regime Geral das Contra-Ordenações português, a qual deverá ser transposta para o Regime Processual das Contra-Ordenações Laborais também a criar¹¹. Já a Lei das Transgressões Administrativas prevê que as transgressões administrativas prescrevem no prazo de dois anos a contar da sua prática, todavia, salvaguarda que, sempre que se mantiverem os resultados ilícitos ou desconformes da actuação ilícita, a transgressão administrativa é imprescritível. Assim sendo, é nosso entendimento que o prazo de prescrição do procedimento contra-ordenacional laboral angolano deverá ser alargado, adoptando-se o vigente no procedimento português, ou seja, cinco anos decorridos sobre a prática da contra-ordenação laboral.

¹⁰ Decreto n.º. 16489, de 15 de Fevereiro de 1929, com as alterações introduzidas pelo Decreto n.º.1971, de 24 de Janeiro de 1931.

¹¹ Neste termos entendemos que haja uma integração na LGT da matéria prevista na Regime das Multas por Contravenção ao disposto na LGT, ou seja é a LGT passaria também a comportar as contra-ordenações laborais e a respectiva punição, à semelhança do CT português.

- De ordem adjectiva

A instauração, instrução e o poder de decisão do procedimento contra-ordenacional laboral angolano deverão ser cometidos em exclusivo à IGT, afastando desde logo a dupla competência jurisdicional existente. A instrução iniciar-se-á com a elaboração de um auto de notícia ou de uma participação (quando a infracção não é detectada de forma pessoal) pelos inspectores da IGT. Entendemos que, à semelhança do que sucede em Portugal, o Regime Processual das Contra-Ordenações Laborais que se propõe prevê a possibilidade do inspector do trabalho quando verificar uma infracção classificada como leve, como tal de menor gravidade, e da qual ainda não tenha resultado prejuízo grave para os trabalhadores ou para a administração do trabalho, poder elaborar um auto de advertência com a indicação da infracção verificada, das medidas recomendadas ao infractor.¹²

Com efeito, a própria CRA, no artigo 67º, referente às garantias em processo criminal, deveria passar a prever que nos processos contra-ordenacionais é assegurado os direitos de audiência e defesa ao arguido, à semelhança do que se encontra previsto na norma constitucional homóloga da CRP¹³.

Efectivamente poder-se-ia criar um processo especial, atendendo ao escalão das contra-ordenações (excluindo-se desta medida, dada a gravidade, as contravenções muito graves) e ao valor mínimo da coima aplicável à contra-ordenação em causa, ou seja, não se aplicando a todas as infracções leves e graves.

Neste processo especial a IGT, à semelhança do previsto no ordenamento jurídico português, antes de deduzir a acusação, notificará o infractor da descrição sumária dos factos ilícitos que lhe são imputados, com menção das disposições legais violadas e indicação do valor da coima calculada (fixando o legislador para este efeito uma percentagem do valor correspondente ao valor mínimo da moldura contra-ordenacional em causa), informando-o de que poderá proceder ao pagamento voluntário desta, no prazo de cinco dias, com a condição de proceder simultaneamente ao cumprimento da obrigação devida. No que concerne à possibilidade de reacção do arguido à Decisão condenatória, é objecto de acolhimento constitucional, designadamente no artigo 29º da CRA, que prevê o acesso à justiça para a resolução de conflitos. (Artigo 21º, nºs. 1 e 3 do RIGT). Deste modo, acompanhando o

¹² Actualmente é através da acta de inspecção que a IGT faz as recomendações ao arguido, um documento semelhante ao proposto auto de advertência, contudo este parece um documento mais completo e melhor contextualizado no seio das medidas que propomos.

¹³ Artigo 32º, nº.10 da CRP, nos termos do qual “nos processos de contra-ordenação, bem como em quaisquer processos sancionatórios, são assegurados ao arguido os direitos de audiência e defesa”.

procedimento contra-ordenacional português, no caso de o arguido não se conformar com a Decisão condenatória da IGT que lhe aplicou uma coima e/ou uma sanção acessória, ou uma mera admoestação, poderá, em prazo a definir pelo legislador, mas que entendemos dever ser nunca inferior a 20 dias, impugnar judicialmente

- O ordenamento jurídico (contra-ordenacional) português como modelo

Como se depreende dos pontos anteriores, defende-se a adopção do modelo português concernente ao Direito de mera ordenação social em geral, e em particular ao contra-ordenacional laboral. Fizemo-lo conscientes de que o sistema jurídico português, tal como o angolano, advém de uma matriz romana, caracterizado pela tendência para a codificação da legislação, sendo, por isso, latente a proximidade existente entre os dois ordenamentos jurídicos, assistindo-se por isso a uma cooperação entre estes dois países ao nível da produção legislativa.

Aliás, esta proximidade entre Portugal e Angola tem-se revelado, nos últimos trinta anos, ao nível da Ciência Jurídica. Apesar da proximidade, a vários níveis, que acabamos de analisar, entre os ordenamentos jurídicos português e angolano, deverão, como é claro, salvaguardar-se as legítimas opções legislativas próprias que cada um destes países soberanos tem o direito de fazer.

CONCLUSÕES

- Do ordenamento jurídico português

O Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro, implementou no ordenamento jurídico português o RGCO, tendo sido objecto de quatro revisões legislativas, uma em 1989, outra em 1995 e duas em 2001. O Decreto-Lei n.º 244/95, de 14 de Setembro, procedeu a uma reforma global do RGCO.

No DMOS a principal sanção é de natureza pecuniária, utilizando o legislador o termo coima, para distingui-lo do termo multa, utilizado para definir outra sanção pecuniária, prevista no Direito Penal, no qual a sanção primordial é a pena de prisão.

A responsabilidade contra-ordenacional recai tanto nas pessoas singulares, como nas pessoas colectivas, sendo estas responsáveis pelas contra-ordenações praticadas pelos seus órgãos no exercício das suas funções, integrando a expressão órgãos os trabalhadores ao serviço da pessoa colectiva ou equiparada, desde que actuem no exercício das suas funções ou por causa delas.

No CT encontram-se elencados uma panóplia de tipos contra-ordenacionais laborais, escalonados em leves, graves e muito graves. O arguido e o Ministério Público podem recorrer para o Tribunal da Relação da sentença ou do despacho judicial proferidos pelo Tribunal de 1ª instância. Encontram-se, também previstos na Lei, os regimes da prescrição do procedimento contra-ordenacional laboral, das coimas e das sanções acessórias, salvaguardadas as causas de suspensão e de interrupção, conforme Baptista da Silva (2015, p. 164).

- Do ordenamento jurídico angolano

As contravenções não se encontram autonomizadas do Direito Penal. As contravenções laborais encontram-se previstas na Lei Geral do Trabalho, no Regime de Multas por Contravenção à LGT, na Lei da Greve, na Lei de Bases da Protecção Social e no Regime Jurídico da Vinculação e de Contribuição da Protecção Social Obrigatória, conforme Baptista da Silva (2015, p. 166).

As contravenções previstas no RMCLGT prescrevem decorridos 2 anos a contar da data em que tenham sido praticadas, constituindo o levantamento do auto de notícia uma causa interruptiva da prescrição da contravenção. A fixação da multa concreta a aplicar ao contraventor é efectuada pela entidade com competência para a confirmação do auto de notícia, em função da gravidade da infracção e da culpa do contraventor. As contravenções previstas no RJVCPSO prescrevem no prazo de 5 anos a contar da data em que foram praticadas, com a excepção das que resultarem em dívida a Entidade Gestora da Protecção Social Obrigatória que permanecem válidas no decurso do tempo. Constituindo causas de interrupção da prescrição o levantamento do auto de notícia ou a prática de qualquer acto que faça fé em juízo.

A IGT leva a cabo acções fundamentalmente de natureza preventiva, actuando de forma pedagógica nos primeiros contactos com os fiscalizados, e coercivamente nos subsequentes, de forma oficial ou oficiosa.

Os Tribunais, não desencadeiam inspecções oficiosas, nem sequer existe mecanismo legal para esse efeito. O procedimento contravencional laboral angolano padece de uma dupla competência jurisdiccional: Sala de Trabalho dos Tribunais Provinciais e IGT. É da competência exclusiva da IGT aplicar as multas em sede de processo contravencional laboral. Não há lugar à execução do valor das multas aplicadas pela prática de contravenções laborais não liquidadas pelos infractores.

A tramitação do processo por transgressão administrativa inicia-se com a notificação

por transgressão e rege-se pelas Normas de Procedimento da Actividade Administrativa. O recurso da decisão que aplicar uma coima ao infractor pela prática de uma transgressão administrativa segue o regime dos recursos gratuitos e contenciosos sujeitos aos termos gerais do Direito Administrativo e do Direito do Contencioso Administrativo.

No imediato, o juiz laboral que tiver em apreciação e julgamento um processo, no âmbito do qual detecte a prática de uma contra-ordenação laboral, deveria mandar extrair certidão e remetê-la à IGT para a instrução do procedimento contravencional laboral.

A criação de um Regime Geral das Contra-Ordenações e de um Regime Processual das Contra-Ordenações Laborais, nos termos constantes do nosso trabalho, contribuiria para uma eficaz justiça administrativa em geral, e laboral em particular, definindo-se em concreto quais as competências da IGT e da Sala do Trabalho do Tribunal Provincial.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. **Comentário do regime geral das contra-ordenações à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. Lisboa: Universidade Católica, 2011.

ANDRADE, Manoel da Costa. Contributo para o conceito de contra-ordenação, direito e economia. **Revista de Direito e Economia**, anos 6 e 7, 1980-1981.

BAPTISTA DA SILVA, Maria de Fatima de Lima A. **As contra-ordenações laborais no ordenamento jurídico angolano**. Tese de Mestrado, Lisboa, 2015.

CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA Vital. **A Constituição da República Portuguesa Anotada**. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2010.

CORREIA, Eduardo. Direito Penal e Direito de Mera Ordenação Social. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, 1973, v. 49, p. 273.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Para uma dogmática do Direito Penal Secundário. **Direito e Justiça**, 1990, v. 4.

_____. **Direito processual penal**. Reimpressão da edição de 1974. Coimbra: Coimbra, 2004.

MENDES, António de Oliveira; CABRAL, José dos Santos. **Notas ao Regime Geral das Contra-Ordenações e Coimas**. 3.ed. Coimbra: Almedina, 2009.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Coimbra: Coimbra, 2007.

PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. O ilícito de mera ordenação social e a erosão do princípio da subsidiariedade da intervenção penal. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**. Coimbra, v.1, 1998.

QUINTAS, Paula; QUINTAS, Hélder. **Manual do Direito do Trabalho e do Processo do Trabalho**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2012.

SANTOS, Manuel Simas; SOUSA, Jorge Lopes de. **Contra-ordenações** – Anotações ao Regime Geral. 6. ed. Lisboa: Áreas, 2011.

SOARES, João Ribeiro. **Contra-ordenações laborais** – Regime Jurídico (Anotado). 3.ed. Coimbra: Almedina, 2011.

O MÍNIMO EXISTENCIAL, A EFICÁCIA E EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Diego Carvalho Texeira, Mestre.
Advogado. Professor Mestre da UNEAL.

RESUMO: *Dentro do contexto social tem-se a aplicação do direito. A partir dos postulados neoconstitucionalistas, a dignidade humana e os direitos fundamentais são alçados à base essencial dos Estados Democráticos, cabendo, quanto a estes, atender e garantir a efetividade imediata do núcleo da dignidade humana, o chamado mínimo existencial. O presente artigo tem por objetivo apresentar os argumentos fundantes e a necessidade de efetividade imediata dos direitos fundamentais inseridos no mínimo existencial.*

PALAVRAS-CHAVE: *Dignidade. Direitos fundamentais. Mínimo existencial.*

ABSTRACT: *Within the social context has the application of the law. THE from neoconstitutionalisms postulates, human dignity and fundamental rights are raised to the essential basis of the State Democratic, fitting, as to, meet and guarantee Effective immediately the core of human dignity, the minimum called existential. This article aims to present the foundational arguments and the need for immediate effectiveness of fundamental rights enshrined in the existential minimum.*

KEYWORDS: Dignity. Fundamental rights. Existential minimum.

INTRODUÇÃO

O direito, enquanto instrumento estatal, tem por fito possibilitar a convivência social, preestabelecendo condutas socialmente relevantes, a serem seguidas pelos que se submetem a um determinado ordenamento jurídico. Assim, toda análise que do direito se faça há de ter em si incrustada esse seu caráter instrumental, de modo que ele não se constitui num fim em si mesmo, mas num mecanismo através do qual se busca possibilitar tornar imperativo o cumprimento dos valores que soam caros a uma determinada sociedade.

Além disso, temos que, hoje, o principal problema a ser enfrentado por várias das normas jurídicas, e, principalmente, pelos direitos fundamentais, é o da (in)eficácia social – (in)efetividade – de seus comandos, levando Bobbio a afirmar que a busca deve ser no sentido do “modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.” (BOBBIO, 2004, p. 45). A busca deve ser, assim, no sentido de trazer efetividade aos valores positivados no ordenamento jurídico.

De fato, se já há certo consenso ao afirmar a força normativa dos direitos fundamentais, há também, por outro lado, a constatação de que os direitos se realizam através atos humanos positivos, que implicam gastos, numa realidade de limitação de capital, o que implica em escolhas. Assim, a própria efetividade dos direitos fundamentais se veria comprometida, vez que, sem recursos para que o Estado haja garantindo-os em sua integralidade, não há que se falar em garantia desses direitos.

Afaste-se, desde já, qualquer pretensão justificatória a partir desse argumento de limitação de recursos. Longe de pretender dar guarida à ausência de prestação, ou mesmo sua realização deficitária, no sentido de trazer positividade aos direitos fundamentais, tal argumento se constitui em dado fático não a ser ultrapassado, mas sim manejado de modo que, progressivamente, sejam garantidos e implementados os direitos fundamentais.¹⁴

A busca é, pois, no sentido do alertado por Comparato (2003, p. 540), ao defender a urgência na construção de um mundo novo, no qual seja assegurado, a todo ser humano, “o direito elementar à busca da felicidade”, inerente à condição humana. O desdobramento final da própria dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil, não detém outro sentido que não este: possibilidade de buscar a felicidade, devendo o Estado prover o indivíduo que não o consiga por si só das condições mínimas para tanto.

Por outro lado, desde a consagração desses direitos fundamentais (e notadamente no caso brasileiro), restava clara a impossibilidade material de prestá-los todos a um só tempo, podendo situar alguns deles dentro das próprias escolhas legislativas – ou mesmo dentro de um quadro de função simbólica – de acordo com as possibilidades do Estado e com o momento histórico experimentado pela sociedade.

Desse modo, o presente estudo tem por pretensão – e levando em conta as suas ínsitas limitações – relacionar o mínimo existencial com os direitos sociais, fazendo emergir de que modo estes se relacionam, e quais implicações isso pode acarretar para a efetividade desses direitos fundamentais. Para tanto, em primeiro, se fará necessária a fixação de alguns pressupostos, tais como a compreensão da normatividade dos direitos fundamentais, enquanto princípios, sua hierarquia dentro do sistema jurídico, bem como o necessário respeito à Constituição Federal do Brasil, seja pelo Estado que esta dá origem e regulação, seja pelos cidadãos aos quais finalisticamente ela se dirige, seja pelos representantes destes, que, compondo os quadros estatais, dinamizam o direito.

¹⁴ A nota de progressividade não implica relegar aos direitos fundamentais um futuro incerto, mas que as pautas legislativas e administrativas necessariamente devem proceder nesse sentido, sob pena de ferir esses direitos em sua eficácia interpretativa e negativa.

Passado isto, há de se compreender o mínimo existencial, bem como a sua relação com os demais direitos sociais. Para tanto, se fará imprescindível partir da dignidade da pessoa humana como conformadora primeira do conteúdo do mínimo existencial. Interessante frisar, desde já, que, para fins de exigibilidade jurídica de implementação forçada do mínimo existencial, este deve ser compreendido de acordo com o ordenamento jurídico para o qual se volta a busca da prestação estatal, sob pena de se estar pretendendo conferir a imperatividade das normas jurídicas a regras de conduta apartadas de um determinado sistema de Direito positivo.

Dessa forma, a busca do mínimo existencial deve ser setorial, num determinado ordenamento jurídico, de acordo com os momentos econômicos e sociais vivenciados pela sociedade, sob pena de não deter qualquer utilidade prática (que é, diga-se, a grande busca para a efetivação dos direitos fundamentais). Essa busca deve ter sempre em conta o princípio e também direito fundamental conformador de todo o ordenamento jurídico brasileiro, e do qual o mínimo existencial decorrerá, qual seja a dignidade pessoa humana (art. 1º, III, CF/88).

Note-se, neste ponto, que estamos aqui sempre a fazer referência aos direitos fundamentais. Isto não quer dizer a não adoção da terminologia direitos humanos, mas, sim, a consideração de que cada delas se volta para uma específica gama de direitos: enquanto que os direitos fundamentais se referem aos direitos consagrados no plano do direito constitucional de cada Estado, os direitos humanos são aqueles assegurados no plano internacional. (SARLET; FIGUEIREDO, 2005).

Restringir-se aos direitos fundamentais, sob essa perspectiva, significa, pois, proceder num corte metodológico – já acima referenciado –, visto que se tem por objetivo, neste trabalho, proceder numa análise dogmático-jurídica desse mínimo vital sob a perspectiva do direito constitucional positivo brasileiro (SARLET, 2005). Ademais, a própria Carta Magna faz uso dessa terminologia, ao se referir, na epígrafe do Título II, aos “Direitos e Garantias Fundamentais” – que aqui se fará uso para designar não só os direitos e garantias previstos neste título, mas, e de acordo com o prescrito no § 2º do art. 5º, também todos os outros decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição.

1 ALGUNS AXIOMAS TEÓRICOS CONSOLIDADOS: HIERARQUIA CONSTITUCIONAL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Barcellos (2008), ao tratar da possibilidade de controle das políticas públicas que versem sobre direitos fundamentais, bem resumiu alguns axiomas teóricos que restam, de acordo com seu magistério, consolidados pelo constitucionalismo brasileiro:

A) As disposições constitucionais, tenham elas a natureza de regra ou de princípio, são dotadas de *normatividade*, isto é: são normas jurídicas. Como tais, pretendem produzir efeitos no mundo dos fatos e desfrutam da imperatividade própria do Direito. Mais que isso, as normas constitucionais gozam de superioridade hierárquica no âmbito do sistema jurídico.

B) Os direitos fundamentais têm um *status* diferenciado no âmbito do sistema constitucional, e, *a fortiori*, do sistema jurídico como um todo. Fala-se da *centralidade* dos direitos fundamentais, como consequência da centralidade do homem e da sua dignidade. Isso significa, de forma simples, que, em última análise, tanto o Estado como o Direito existem para proteger e promover os direitos fundamentais, de modo que tais estruturas devem ser compreendidas e interpretadas tendo em conta essa diretriz.

C) Os poderes públicos estão submetidos à Constituição, como uma decorrência direta da noção de *Estado de Direito*, por força da qual o exercício do poder político encontra limites em normas jurídicas. À Constituição, é certo, não cabe invadir os espaços próprios da deliberação majoritária, a ser levada a cabo pelas maiorias democraticamente eleitas em cada momento histórico. Uma das funções de um texto constitucional, porém, é justamente estabelecer vinculações mínimas aos agentes políticos, sobretudo no que diz respeito à promoção dos direitos fundamentais.

Adotar-se-ão esses três pontos como caminho a ser aqui trilhado no sentido da compreensão dos direitos fundamentais como conformadores do sistema jurídico como um todo, de seu papel de destaque dentro do sistema constitucional, bem como da importância da dignidade da pessoa humana para a compreensão desses direitos, tudo isso funcionando como limitação dos poderes públicos.

Sendo a base através da qual serão delineadas as compreensões sobre o mínimo existencial e os direitos sociais, se faz necessário traçar uma compreensão, ainda que mínima, dos ditos e acima transcritos axiomas consolidados, de modo a trilhar o caminho necessário para que se chegue às conclusões pretendidas. Justificativa para isso se faz ao se ter em mente que, mesmo os temas que detenham relativa unanimidade dentro do direito contereão, em seu

bojo, discordâncias, ainda que mínimas, quando da fixação do alcance semântico de seus termos.¹⁵

Iniciemos, pois, com a compreensão da hierarquia superior da Constituição sobre todas as demais normas jurídicas componentes de um determinado ordenamento.

A estrutura escalonada da ordem jurídica, tendo a Constituição situada em seu topo, nos é apresentada em formulação doutrinária por Kelsen (2006, p. 347), que bem aduz que “a ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas”, arrematando que “se começarmos levando em conta apenas a ordem jurídica estadual, a Constituição representa o escalão de Direito positivo mais elevado.”

A justificativa desse autor para tal conclusão situa-se justamente no fato de que, tendo em vista que o direito regula a sua própria criação, uma norma deverá ser produzida em conformidade com o determinado por outra norma, que lhe serve de fundamento de validade, seja com relação à forma, seja no que pertine ao conteúdo. (KELSEN, 2006).

Isso determina a validade da norma produzida. Nessa estrutura escalonada, onde a norma que regula a produção é a norma superior, a Constituição se situa no topo da cadeia normativa, submetendo-se tão-somente à norma fundamental, cujo conteúdo é exatamente o de respeito à Constituição. (KELSEN, 2006).

Seguindo a teoria elaborada por Kelsen, Bobbio (2007) compreende o ordenamento jurídico não como formado por um amontoado de normas jurídicas, mas como composto por normas superiores e inferiores, numa estrutura hierárquica, acentuando a importância dessa ordem hierarquizada quando na presença de antinomias dentro do ordenamento jurídico, como um modo para solucioná-las.

Assim, a Constituição se nos apresenta como norma de hierarquia superior, relacionando-se com as demais normas do ordenamento jurídico como fundamento último de validade – submetendo-se somente à norma fundamental – conformando sua compreensão e solucionando as antinomias que porventura surjam.

Além disso, é possível identificar, no interior da Constituição, duas espécies de normas jurídicas: as regras e os princípios. Contudo, e sendo o ordenamento jurídico formado por normas jurídicas, serão ambos espécies de normas. Expliquemos.

¹⁵ Sobre o alcance semântico, ver Umberto Eco. **O Signo**. 5 ed. Lisboa: Presença, 1997, notadamente em seu texto inicial, intitulado **Premissa**. Sobre a necessidade de fixação de um sistema de referência, para que seja possível a fixação da compreensão dos termos estudados, e conseqüente construção de conhecimento científico, ver Goffredo Telles Júnior. **Direito quântico**. 8. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006.

Na concepção de Alexy (2008, p. 90), princípios e regras diferem entre si tendo em vista se constituírem os primeiros em mandamentos de otimização. Assim, “o ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.” As regras, por sua vez, ou são satisfeitas ou não satisfeitas. A distinção entre as espécies do gênero norma jurídica é, pois, qualitativa.

Vale dizer que tanto as regras como os princípios são detentores de força normativa, uma vez que “ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição.” (ALEXY, 2008, p. 87). Muito embora de forma diversa, ambos dizem o que deve-ser, se tratando, pois, de normas jurídicas.

Desse modo, convém diferenciar regras e princípios, ainda, tendo em vista que, enquanto que as primeiras podem entrar em conflito, sendo este solucionado por através de mecanismos fornecidos pelo próprio sistema (FIGUEIREDO, 2007), pela inserção de uma cláusula de exceção numa das regras, de modo a eliminar o conflito, ou, ainda, pela invalidação de uma das regras, os princípios podem entrar em colisão, cuja solução será completamente diferente do casos das regras. “Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta” (ALEXY, 2008, p. 92-93).

Assim, e tendo em conta o propósito não-exaustivo do presente trabalho, destaquemos, por fim, o caractere *prima facie* dos princípios e regras, como mais um contraste a entre eles ser realizado. Os princípios, neste ponto, exigem a realização de algo, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas presentes, da melhor forma possível, não tendo, assim, um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie*, enquanto que as regras exigem, ordinariamente, o cumprimento do que por elas ordenado. (ALEXY, 2008).

Chegamos, assim, à primeira conclusão: as normas constitucionais, sejam elas regras ou princípios, são dotadas da imperatividade ínsita às normas jurídicas. E mais, sendo situadas no topo da hierarquia normativa, vão servir de fundamento de validade a todo o ordenamento, tendencionando a necessária compreensão sistemática do direito de acordo com seus termos.

Mas, pergunta-se, como podem chegar ao momento de produção de efeitos no mundo dos fatos essas normas constitucionais? Todas se apresentam como inexoravelmente intervenientes na realidade fática? Ora, muito embora a emblemática prescrição do § 1º do art. 5º da Constituição Federal, combinado com o parágrafo que lhe segue, a realidade mostra que,

ou a aplicação imediata dos direitos e garantias fundamentais simplesmente não vem ocorrendo no plano da realidade, ou a compreensão deste termo se mostra equivocada. Na realidade, como será visto mais adiante, trata-se de um pouco de ambos.

Dando sequência à análise dos chamados axiomas consolidados, é de se frisar que os direitos fundamentais detêm *status* diferenciado dentro do sistema constitucional, e, por consequência, dentro do ordenamento jurídico como um todo. Tal afirmação decorre de dois dados: o primeiro, a dignidade da pessoa humana como sendo fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III); o segundo, a consagração dos direitos fundamentais dentre as chamadas cláusulas pétreas, não podendo ser chamais alterados, a não ser que se instale uma nova ordem jurídica (art. 60, § 4º, IV).¹⁶

A centralidade do homem e de sua dignidade, elemento axiológico que dá substrato à inclusão dos textos prescritivos acima referenciados, diz com o próprio conteúdo da dignidade da pessoa humana, à qual será dispensado tópico apartado.

Além disso, e tendo em conta que estamos aqui a nos voltar para o sistema jurídico brasileiro, não deve causar espécie a consideração da centralidade do homem para o correto entendimento dos comandos normativos nele inseridos, tendo em vista que, além de isso decorrer de um dos fundamentos da República, bem como da própria sistemática da Lei Maior, a estruturação do Estado Brasileiro em Democrático de Direito faz isso emergir de forma incontestável. Não deixa pairar dúvidas a Constituição Federal, que fez constar, ainda dentre seus fundamentos, ao lado da dignidade da pessoa humana, apenas um elemento relacionado diretamente ao Estado (a soberania), tratando-se os demais (cidadania, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e pluralismo político) de desdobramentos da centralidade do homem e de sua dignidade para o direito. Arremata, ainda, em seu parágrafo único, com a atribuição de todo o poder estatal ao povo.

As normas constitucionais, assim, detêm hierarquia superior, e, dentro delas, os direitos fundamentais se destacam como nortes conformadores de todo o ordenamento jurídico brasileiro. Assim, não há como se admitir qualquer interpretação que descambe na possibilidade de o poder público atuar sem respeitar as prescrições veiculadoras dos direitos fundamentais. Qualquer atuação nesse sentido será, irremediavelmente, inconstitucional, podendo haver, inclusive, o acionamento do Judiciário, para que faça garantir o cumprimento da Constituição.

¹⁶ Ver, nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet; Mariana Filchtiner Figueiredo. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: Ingo Wolfgang Sarlet; Luciano Benetti Timm (Org.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 17-18.

Em sendo o objetivo deste estudo a compreensão dos direitos sociais como fundamentais, de sua relação com o mínimo existencial, e os desdobramentos da efetividade desses direitos que daí decorre, passemos, agora, a uma breve análise da dignidade da pessoa humana – vez que se trata de fundamento de todo o sistema jurídico – para, em seguida, analisar os direitos sociais e o mínimo existencial.

2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Passando para a análise da dignidade da pessoa humana, é interessante nos valermos da conceituação apresentada por Sarlet (2008, p. 63), segundo a qual é ela a

qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Convém aduzir que compartilhamos com este autor o posicionamento de ser a dignidade da pessoa humana, via de regra¹⁷, fundamento dos demais direitos fundamentais, dentre os quais se situam os direitos sociais, muito embora ela, com poucas exceções, somente veio a ser reconhecida expressamente nas Constituições no quadro do pós-2ª Guerra Mundial, notadamente após sua consagração pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948.

Cabe aqui ainda a advertência de que

a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, não poderá ela própria ser concedida pelo ordenamento jurídico. [...] Assim, quando se fala – no nosso sentir equivocadamente – em direito à dignidade, se está, em verdade, a considerar o direito a reconhecimento, respeito, proteção e até mesmo promoção e desenvolvimento da dignidade, podendo inclusive falar-se de um direito a uma existência digna, sem prejuízo de outros sentidos que se possa atribuir aos direitos fundamentais relativos à dignidade da pessoa (SARLET, 2008, p. 73-74).

¹⁷ “Se, por um lado, consideramos que há como discutir – especialmente na nossa ordem constitucional positiva – a afirmação de que todos os direitos e garantias fundamentais encontram seu fundamento direto, imediato, e igual na dignidade da pessoa humana, do qual seriam concretizações, constata-se, de outra parte, que os direitos e garantias fundamentais podem – em princípio e ainda que de modo e intensidade variáveis –, ser reconduzidos de alguma forma à noção de dignidade da pessoa humana, já que todos remontam à idéia de proteção e desenvolvimento das pessoas, de todas as pessoas [...]”, in Ingo Wolfgang Sarlet. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 6. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 83.

De fato, o reconhecimento jurídico da dignidade da pessoa não confere a esta a dignidade, antes, já a detém. O que pode ocorrer é a não proteção dessa dignidade pelo ordenamento jurídico. Não há, pois, atribuição, mas tutela.

A importância de se ter em mente a dignidade da pessoa humana como caractere intrínseco de todo e qualquer ser humano, e por isto fundamento de todos os demais direitos humanos e fundamentais¹⁸, ressalta em importância, uma vez que estamos aqui a falar de direitos desse gênero.

Interessante incursão na dignidade da pessoa humana realiza Barcellos (2002), da qual procura extrair os fundamentos para a existência jurídica de um mínimo existencial dentro dos direitos sociais, como sendo um núcleo não passível de desrespeito ou não implementação, ao qual é conferida eficácia jurídica positiva, devendo ser sempre buscada sua implementação, inclusive através do Judiciário.

Para além do núcleo da dignidade da pessoa humana – consubstanciado no mínimo existencial – tem-se a construção de seu conteúdo pela esfera política, dependente das circunstâncias sociais na qual se insere, podendo mesmo se afirmar que, “sob o manto da dignidade da pessoa humana podem abrigar-se as concepções mais diversas.” (BARCELLOS, 2002, p. 248-251).

Os direitos sociais podem ser situados, pois, como desdobramentos da própria dignidade da pessoa humana, que pressupõe a atuação positiva do Estado no sentido de prestar serviços aos necessitados, de modo a emprestar efetividade também ao princípio da isonomia, em sua feição material.

3 OS DIREITOS SOCIAIS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS

Antes de adentrar propriamente no enquadramento dos direitos sociais como sendo fundamentais – o que, muito embora a relativa manifestação uníssona da doutrina nesse sentido, é interessante que se faça – convém traçar compreensão do que se entende por direitos fundamentais.

¹⁸ Não se tem a dignidade da pessoa humana como fundamento apenas dos direitos reconhecidos dentro de um determinado ordenamento jurídico, como também o sendo no que pertine às normas de proteção do ser humano consagradas na ordem internacional (lembre-se a distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais acima realizada).

Além da já apontada distinção desses com os direitos humanos, a título de conceituação, temos, de forma simplificada, mas clara, que os direitos fundamentais são aqueles que “limitam os poderes do Estado.” (MIRANDA, 1967, p. 625).

Os assim chamados direitos sociais, caracterizando-se notadamente por serem essencialmente prestacionais – o Estado, tendo em conta a ausência de condições efetivas, presta determinado(s) serviço(s), construindo condições de efetivação dos direitos sociais básicos do cidadão – tiveram as condições efetivas para o seu estabelecimento somente com o advento do chamado Estado Social, que, em contraponto com o Estado Liberal, buscou dar aos cidadãos condições mínimas de dignidade através de prestações, buscando a superação das desigualdades sociais. (BARBOSA, 2003).

Nesse sentido também se pronuncia Sarlet (2005), aduzindo que, a partir dos problemas sociais e econômicos surgidos como consequência da industrialização, das doutrinas socialistas, bem como do fato de que a liberdade e igualdade formais terminavam por gerar, materialmente, desigualdade, ocorreram vários movimentos sociais buscando reivindicar uma atitude positiva do Estado no sentido da realização da justiça social.

Assim, “[...] de acordo com concepção amplamente consagrada, os direitos fundamentais (e os sociais não fogem à regra) expressam uma ordem de valores objetivada na e pela Constituição.” (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 14).

Por outro lado, muito embora, num primeiro momento, se tenha a impressão de que se tratam esses direitos como sendo somente de cunho prestacional, os direitos sociais também se consubstanciam em direitos subjetivos negativos, ao impedir restrições que violem seu núcleo essencial. (SARLET; FIGUEIREDO).

Aliás, faz-se interessante abrir rápido parêntese no que diz respeito a essa dicotomia existente entre os direitos fundamentais, entre os positivos (exigentes de prestação) e os negativos. E isso tendo em vista a aparente – e errada – conclusão de que somente os primeiros teriam por consequência o gasto de recursos pelo Estado.

Flávio Galdino, em interessante estudo sobre os custos dos direitos, defendendo num primeiro momento a classificação dos direitos fundamentais em positivos e negativos (GALDINO, 2005) – face sua utilidade no estabelecimento de linha histórico-evolutiva dos Estados, bem como por diferenciar os direitos fundamentais que são de pronto exigíveis dos demais – traça, em momento posterior, interessante compreensão dos direitos fundamentais, no sentido de serem todos, na realidade, positivos.

De fato, partindo dos argumentos desenvolvidos por Cass Sustein e Stephen Holmes, esposados na obra *The cost of Rights*, ele supera aquela classificação, evocando que “[...]”

todos os direitos públicos subjetivos são positivos, isto é, demandam uma prestação positiva do Estado para sua efetivação, o que implica custos públicos.” (GALDINO, 2005, p. 215).

Assim, arremata Galdino que

Mister seja compreendido que todas as atividades administrativas possuem caráter prestacional, demandando agentes públicos e atos materiais que as corporifiquem, sendo inobjetével que todas elas implicam custos para a sociedade, que devem ser justamente considerados no momento em que devam ser tomadas as decisões, inclusive quanto ao estabelecimento dessas atividades administrativas (p. 217).

Pode-se concluir, pois, que, ao se referir a direitos fundamentais, necessariamente se estará aludindo a direitos que exigem do Estado gasto de recursos públicos, ainda que no sentido de aparelhá-lo administrativamente para que consiga fiscalizar e impor a realização dos direitos, uma vez que mesmo omitir-se custa dinheiro ao Estado. Escolher dar guarida a um direito fundamental, assim, implica na renúncia na prestação de outros.

Desse modo, todos os direitos, sejam eles de liberdade, sejam sociais, estão condicionados às trágicas escolhas públicas, restando todos eles inseridos no rol das escolhas sociais, sendo, pois, passíveis de preterimento, face a limitação fática de recursos públicos disponíveis para sua implementação. (GALDINO, 2005).

Dentro dessa perspectiva devem ser compreendidos os direitos fundamentais como um todo, e não somente os sociais. Conforme será logo mais visto, o conceito de mínimo existencial trata do núcleo essencial da dignidade da pessoa humana, de modo que não haverá escolha a ser feita no âmbito político, dado o caráter mesmo de essencialidade das prestações a serem realizadas pelo Estado, sob pena de infração dos valores mínimos atribuídos a qualquer indivíduo. Terão, portanto, de serem sempre prestados, independentemente da vontade política, restando as escolhas trágicas aos demais direitos fundamentais.

4 O MÍNIMO EXISTENCIAL

A necessidade de um mínimo de recursos a possibilitar uma existência digna – sob pena de sacrifício da dignidade da pessoa humana – teve por primeiro jurista de renome a sustentá-la, na doutrina pós-segunda guerra, o publicista Otto Bachof. (SARLET; FIGUEIREDO, 2008).

Desse modo, desde a década de 1950 se tem dado guarida à compreensão sobre ser necessária a prestação, pelo Estado, de um mínimo que garanta ao indivíduo uma existência digna.

Interessante estudo sobre o conceito e conteúdo do mínimo existencial é desenvolvido por Barcellos (2002, p. 248), concluindo por ser este o núcleo exigível da dignidade da pessoa humana, de modo que, com relação a esse princípio, “é possível reconhecer eficácia positiva ou simétrica às faixas que compõem o seu núcleo, especialmente àquelas que dizem respeito a condições materiais de existência”, sendo possível exigir a prestação do Estado inclusive perante o Judiciário. A esse núcleo da dignidade da pessoa humana a autora chama de mínimo existencial, sendo formado pelas “condições materiais básicas para a existência.”

Figueiredo (2007) entende que o mínimo existencial deriva não só do princípio da dignidade da pessoa humana, mas também encontra substrato na liberdade, na igualdade, na livre iniciativa, no devido processo legal, nas imunidades e privilégios dos cidadãos, bem como nos direitos humanos de modo geral, importando na máxima redução aceitável do conjunto de direitos subjetivos a serem exigidos.

Contudo, jamais se deve confundir o mínimo existencial com o mínimo necessário à mera sobrevivência física. Nesse sentido, o mínimo existencial se desdobra em mínimo fisiológico, dando guarida às necessidades básicas de existência, e no que pode ser denominado de mínimo sociocultural, que pretende assegurar, garantindo a igualdade material, o indivíduo na vida social. (SARLET; FIGUEIREDO, 2008).

Em sendo desdobramento da dignidade da pessoa humana, seria absurdo imaginar o mínimo existencial como tendo em seu bojo tão-somente o necessário à sobrevivência. De fato, uma vida digna parte do pressuposto que o sujeito sobreviva, sendo-lhe garantido o mínimo necessário para que ele se possa afirmar como ser humano, compreendendo a sua condição de humanidade, tendo, ao menos, um ponto de partida mínimo para o desenvolvimento das suas potencialidades.

Desse modo, o mínimo existencial tem por função precípua “atribuir ao indivíduo um direito subjetivo contra o Poder Público em casos de diminuição da prestação dos serviços sociais básicos que garantem a sua existência digna.” (KRELL, 2002, p. 62).

Ocorre que, muito embora se tenha em mente esse imprescindível mínimo a ser garantido, a fixação das políticas a serem desenvolvidas para garanti-lo, bem como o valor da prestação assistencial que busque assegurá-lo serão determinados de acordo com o padrão socioeconômico vigente (KRELL, 2002). Ademais, a fixação do mínimo existencial vai depender das necessidades do momento.

Nesse sentido se manifesta Alexy (2008, p. 427-428), elegendo o princípio da igualdade fática como conformador do conteúdo do mínimo existencial de acordo com cada momento experimentado, no caso do seu objeto de estudo, pela República Federal da

Alemanha. Com base nessa igualdade material, que “exige uma orientação baseada no nível de vida efetivamente existente”, poderá ocorrer, contudo, por consequência da ponderação com princípios colidentes, de o padrão ficar abaixo desse nível. Isso se coaduna com a ponderação acima realizada, que leva em conta o momento vivido pela sociedade como conformador necessário do conteúdo do mínimo existencial.

Levando em conta essa realidade de necessária ponderação entre princípios, se faz interessante frisar que, num último momento, caberá sua realização exatamente pelo Judiciário, que exercerá, por consequência, a sua função de intérprete do bem comum. De fato, em caso de desrespeito a princípios, ou mesmo imoderada sobrepujança de um(ns) sobre outro(s), caberá aos Juízes determinar o real sentido da ponderação naquele caso concreto, sendo, para tanto, a eles necessária uma robusta capacidade compreensiva das consequências – tanto fáticas como jurídicas – não só das suas, mas também das decisões de cunho legislativo (consubstanciadas na lei) ou mesmo administrativo. (KRELL, 2004).

Se é verdade que, ao menos minimamente, já se mostra compreensível em que consiste o mínimo existencial, bem como que a definição do seu conteúdo – ou seja, o preenchimento do núcleo da dignidade da pessoa humana – oscilará de sociedade para sociedade, de Estado para Estado, qual será o conteúdo do desse mínimo dentro da República Federativa do Brasil? O ordenamento jurídico pátrio nos dá alguns conteúdos a serem inseridos sem maiores dificuldades.

Assim, por força de imperativo constitucional¹⁹, se vê o legislador ordinário obrigado a, em cada elaboração de orçamento, fazer constar um percentual mínimo de gastos nas áreas de saúde e educação. Ora, se a Constituição torna exigível a aplicação de percentual mínimo nessas áreas, resta claro o seu intento em promovê-las. E mais, em sendo tais áreas notoriamente promotoras da dignidade da pessoa humana – e sendo o mínimo existencial justamente o núcleo intangível e judicialmente exigível dessa dignidade – o que vemos é o regramento do núcleo da dignidade, através de regras de investimento *mínimo*, como forma de garantia de manutenção e fomento dessas áreas.

Se parece claro que a proteção à saúde é desdobramento do próprio direito à vida – e sem este não há sujeito, e, assim, qualquer dignidade a ser protegida –, bem como que a garantia do direito à educação abarca a possibilidade de auto-afirmação do indivíduo enquanto pessoa humana e cidadão, dando-lhe substrato para o desenvolvimento de suas potencialidades (a seu critério), é certo que, para a garantia de proteção à dignidade (jamais de

¹⁹ Art. 198, § 2º, no que pertine à saúde, e art. 212 com relação à educação.

promoção, pois esta não é conferida, mas tutelada), muito embora não seja mensurável, deve abarcar ainda a previsão de um mínimo de ajuda assistencial, de modo a garantir ao indivíduo a fruição do mínimo existencial em toda a sua extensão – fisiológico e sociocultural.

Os valores a serem estipulados no sentido dessa ajuda assistencial dependerão, essencialmente, das necessidades e anseios de cada momento, contrastadas com o padrão socioeconômico vigente, sob pena de não passarem de letra da lei, sem o mínimo de efetividade.

De fato, assegurar valor abaixo do mínimo necessário significa, no máximo, garantir que o Estado age simbolicamente na proteção da dignidade da pessoa humana.²⁰ Por outro lado, garantir valor que ultrapasse as possibilidades econômico-financeiras do Estado é também proteger de forma tão-somente simbólica. Ambos os casos levam à inefetividade do princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil.

Por outro lado, caso reste fixado abaixo do nível de vida existente num determinado momento, por força da ponderação de princípios colidentes, não haverá que se falar em ferimento ao princípio – e também ao da igualdade material – mas, sim, na busca da sua máxima efetividade, que não poderá jamais ocorrer sem que sejam levados em consideração os demais princípios constitucionais norteadores da ação do Estado.

Com relação a alguns dos ditos “direitos negativos”, notadamente os direitos de liberdade, e sobre serem ou não relacionados dentro do núcleo de dignidade, convém aqui fazer uso da advertência de Barcellos de que, tendo em vista a já garantida normatividade desses direitos, que adquiriram, no decorrer do tempo um instrumental específico de tutela, o mais importante hoje consiste justamente em saber quais outros direitos integram a parte intangível e sindicável da dignidade. Pressupõe-se, pois, a inclusão dos direitos de liberdade dentro do mínimo existencial – até porque sem essa garantia não há como se estabelecer o pleno exercício dos demais direitos aqui inseridos²¹ – sem haver a necessidade, por outro lado, de sua defesa ou afirmação.

Interessante afirmação, que vale ser colacionada, aduz que “não há quem possa, com seriedade intelectual, afirmar, por exemplo, que uma pessoa tem sua dignidade respeitada se

²⁰ Sobre a legislação simbólica, seus tipos e funções, ver Marcelo Neves. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 31 e ss.

²¹ Note-se que os direitos inseridos dentro do mínimo existencial se pressupõem uns aos outros, de modo que a garantia de um mínimo de dignidade somente ocorre a partir do exercício conjunto desses direitos, jamais isolado. Assim, v.g., de que vale a garantia dos direitos de liberdade (que, como visto, importam em custos), se não há como manter o direito à vida, tendo em vista a prestação insatisfatória dos serviços de saúde? Ou, ainda, como assegurar o pleno exercício do mínimo existencial a um indivíduo que não detém o discernimento necessário para exigí-lo, ou mesmo as condições de saber-se indivíduo, através de um mínimo de ensino garantido?

não tiver o que comer ou o que vestir, se não tiver oportunidade de ser alfabetizada, se não dispuser de alguma forma de abrigo.” (BARCELLOS, 2002, p. 254-255). Isso bem resume o que ora se afirma.

Ao lado desses direitos, há de se dar guarida, ao menos, a uma garantia instrumental, que possibilite ao indivíduo – ciente de suas possibilidades e faculdades – exigir o cumprimento forçado do mínimo existencial. Essa garantia há de ser justamente o direito ao devido processo legal, como norte conformador da sindicabilidade desses direitos. Não basta o acesso à justiça; esse tem de vir adicionado de uma garantia positiva de que o processo correrá garantindo a igualdade das partes, o contraditório, a oportunidade de produção de provas, entre outros.²²

Mas, e tomando por pressuposto lógico que, de acordo com a compreensão proposta do mínimo existencial como sendo composto por uma parcela entendida como fundamental – de acordo com os anseios, necessidades e momento histórico de uma determinada sociedade – dos direitos sociais (além dos direitos de liberdade, que não ensejam maiores discussões), haveria o comprometimento da efetividade dos demais direitos sociais, não dotados da mesma possibilidade de exigência judicial que os inseridos no núcleo da dignidade?

5 A EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NÃO INSERIDOS NO MÍNIMO EXISTENCIAL

A ideia de efetividade das normas jurídicas parte do pressuposto de que estas, e o direito como um todo, existem para realizar-se (BARROSO, 1998). Sendo esta a ideia fundante deste trabalho, e tendo em vista que a defesa aqui esposada se faz no sentido da necessária efetivação imediata dos direitos sociais componentes do mínimo existencial, a que posição restariam relegados os demais direitos sociais?

Muito embora aparentemente depreciados, com relação aos direitos eleitos como componentes do núcleo da dignidade, aos demais direitos sociais caberá a função precípua de conformadores da atividade política do Estado. Fala-se, assim, na eficácia negativa e vedativa do retrocesso, bem como na eficácia interpretativa dos direitos sociais.

Resta claro que ao mínimo existencial também são conferidas essas eficácias, somando-se a elas a possibilidade de exigência imediata. Contudo, “para além desse núcleo ingressa-se em um terreno no qual se desenvolvem apenas outras modalidades de eficácia

²² Passaremos ao lado de eventual discussão sobre os remédios constitucionais e espécies de ações cabíveis para a exigência de cumprimento forçado do mínimo existencial.

jurídica, decorrência da necessidade de manter-se o espaço próprio da política e das deliberações majoritárias.” (BARCELLOS, 2002).

Realmente, a depreciação aqui é somente aparente, tendo em vista que, ao lado da necessária busca de implementação de um mínimo que garanta uma existência digna, toda a atuação estatal em sua esfera de liberdade política, cujas decisões variarão a depender dos representantes escolhidos pela sociedade para deliberarem sobre as opções políticas a serem naquele momento tomadas, deverão ser realizadas dentro dos demais direitos fundamentais, e, dentre eles, os direitos sociais.

Desse modo, caso não implementados naquele momento, em razão de opção política, não poderão, por outro lado, serem desrespeitados. Além disso, trabalham também como conformadores de sentido de todo o ordenamento jurídico. Ao desrespeito da eficácia interpretativa e negativa desses direitos cabe acionamento do Judiciário.

Tem-se, assim, muito embora sendo condicionada a efetividade desses direitos às opções políticas daquele determinado momento, gama de efeitos de suma importância a eles conferidos.

CONCLUINDO: É O MÍNIMO EXISTENCIAL ARBITRÁRIO OU NECESSÁRIO?

Nem um nem outro. É decorrência. Expliquemos.

Na verdade, o mínimo existencial é decorrência do próprio Estado Social, que, ao tomar para si as rédeas no sentido de diminuição das desigualdades materiais, buscando o respeito da dignidade da pessoa humana, tem, por conta disso, de garantir um mínimo prestacional que assegure aos indivíduos a ele submetidos uma existência digna.

Aos demais direitos fundamentais e, em especial os sociais – tendo em vista a errônea compreensão de que somente estes implicam custos – cabe a função conformadora da atividade política, uma vez que, para serem implementados, devem passar por uma necessária escolha trágica, onde uns terão prevalência sobre outros. Ilógico seria imaginar a possibilidade de escolha no que pertine ao mínimo existencial, ao menos num Estado Democrático de Direito.

Haverá escolha, por outro lado, no que pertine ao modo pelo qual esse mínimo será garantido: quais políticas, o modo de execução dessas, a quantia possível a atender as necessidades daqueles que não conseguem proverem-se sozinhos, e daí por diante.

A finalidade será sempre, como dito no início, a da garantia de condições para que os indivíduos possam buscar sua felicidade. Pressuposto básico para isto é a garantia do núcleo

da dignidade da pessoa humana, sem o qual esta resta violada, comprometendo qualquer autoafirmação do indivíduo.

REFERÊNCIAS

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

BARBOSA, Narciso Fernandes. **A eficácia e a efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais**. Maceió: Edufal, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político social e o controle jurídico no espaço democrático. In: Ingo Wolfgang Sarlet; Luciano Benetti Timm (Org.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. **Teoria geral do direito**. Tradução Denise Agostinetti; revisão da tradução Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**. Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

_____. **Discrecionariedade administrativa e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

ROBERTO, Welton. Os direitos de personalidade sob uma nova concepção fundamental de direitos humanos. **Revista do Mestrado em Direito**, Maceió, Nossa Livraria, v. 2, n. 2, jun. 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 5. ed. atual. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 6. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

**A TUTELA JURISDICIONAL COMO INSTRUMENTO PARA A IMPLANTAÇÃO
DE POLÍTICAS PÚBLICAS NA ÁREA DA EDUCAÇÃO ANTE A OMISSÃO
ADMINISTRATIVA DO PODER PÚBLICO
CRITÉRIOS OBJETIVOS PARA A EFETIVAÇÃO DESTE DIREITO SUBJETIVO**

Thomé Rodrigues de Pontes Bomfim

Doutorando pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto – Portugal, Mestre em Direito Público, Especialista em Direito Constitucional, Professor da Faculdade de Direito Cesmac do Agreste e da Universidade Estadual de Alagoas; ministra aulas nos cursos de Pós-Graduação da Faculdade Cesmac do Agreste, do Centro Universitário Cesmac, da Faculdade Integrada do Sertão e do CEAP Cursos.

Bianca Oliveira da Silva

Acadêmica do décimo período da Faculdade de Direito Cesmac do Agreste e estagiária do Ministério Público Estadual de Alagoas.

RESUMO: *Este artigo busca traçar critérios objetivos que auxiliem o controle judicial nas questões relativas ao exercício efetivo do direito social à educação como meio de promoção da cidadania e dignidade da pessoa humana. Embora possua a natureza de direito fundamental garantido no texto constitucional, os cidadãos encontram dificuldade na sua fruição em virtude de seu conteúdo eminentemente normativo. A prestação material prévia, por parte do Estado, é absolutamente imprescindível para o exercício de tal direito. Quando necessária, sustentamos ser possível a busca de tutela jurisdicional para tal fim, tendo-se em conta sua eficácia diferida de norma constitucional plena.*

PALAVRAS-CHAVE: *direito à educação. Tutela jurisdicional e efetividade.*

ABSTRACT: *This article explains objective criteria to assist judicial review in matters relating to the effective exercise of the social right to education as a means of promoting citizenship and human dignity. Although it has the nature of a fundamental right guaranteed in the Constitution, citizens have difficulty in their enjoyment because of its eminently normative content. The provision prior material, by the State, it is absolutely essential to the exercise of this right. When necessary, hold to be possible the search for judicial protection for that purpose, taking into account their deferred effectiveness of full constitutional rule.*

KEYWORDS: *right to education. Judicial protection and effectiveness.*

INTRODUÇÃO

As dificuldades para o real e efetivo exercício do direito à educação no nosso País apresentam-se como um tema de elevada relevância social, já que sua efetivação e fruição são absolutamente imprescindíveis para se galgar tanto a dignidade da pessoa humana, valor

máximo da ordem jurídica brasileira, quanto o nosso tão almejado sonho de um Estado Democrático de Direito.

Ora, desde a outorga da primeira Carta Magna, ainda em 1824, os Textos Constitucionais Brasileiros já ressaltavam a importância do direito à educação, considerando-o como um direito fundamental²³ social²⁴, com todas as consequências dessa afirmação, atribuindo-lhes proteção especial e impondo ao Estado a tarefa de garantir a todas as pessoas o acesso e o exercício a esse direito.

Dessa forma a pedra angular da presente construção teórica é a afirmação de que o acesso à educação configura um direito subjetivo do cidadão, e, pois, uma obrigação do Estado, sendo legítima a intervenção do Poder Judiciário, para assegurar a efetividade do mandamento constitucional, determinando assim, que sejam implementadas as políticas necessárias para o exercício deste tão importante direito fundamental social, quando o Estado, por inércia ou ineficiência, não oferecer as condições materiais prévias ao exercício do direito fundamental em tela.

Vale dizer, é possível ao cidadão exigir judicialmente os meios necessários para que possa desenvolver sua regular fruição ao direito à educação, no sentido de adequar a atuação do Poder Público à nova ótica da Constituição²⁵ onde os valores e fins abarcados pelos direitos humanos fundamentais devem condicionar a interpretação da Constituição, sendo, pois, impossível se alcançar a dignidade da pessoa humana sem a fruição efetiva do direito à educação por parte do cidadão.

É verdade que a questão relativa à efetividade do direito à educação se apresenta extremamente complexa, exigindo uma grande concentração de esforços na criação de ações afirmativas, contudo, o controle judicial aparece como uma importante medida de concretização das políticas públicas já existentes, porém, ainda não implantadas pela Administração Pública. (BOMFIM, 2010).

²³ Não se perca de vista que o fato de estar abarcado como fundamental na Constituição da República de 1988 confere ao direito uma garantia de proteção jurídica muito grande; inicialmente por ser o referido texto, quanto ao critério da estabilidade, classificado como rígido o que per si, já exige um procedimento especial e solene para sua alteração; depois, porque revestido da prerrogativa de cláusula pétrea constitui limite expresso ao Poder Constituído Reformador, sendo apenas possível sua supressão da Ordem Constitucional vigente por intermédio do Poder Constituinte Originário.

²⁴ Os Direitos Sociais se apresentam como Direitos Positivos, logo, seu exercício está inexoravelmente atrelado à implantação de prestações materiais prévias por parte do Estado, e como tal, sua fruição completamente dependente do valor dos recursos públicos destinados para tal fim.

²⁵ Não se pode olvidar da indisponibilidade do interesse público, o qual é gerido pelo Estado, logo, restando o primeiro evidenciado deverá este prestar imediatamente o serviço público correspondente e proporcional à necessidade pública que o originou, configurando-se a omissão estatal como uma das espécies do gênero abuso de poder.

Tendo tais premissas por ponto de partida, é imperioso esclarecer, desde logo, não ser o propósito do presente trabalho exaurir o tema, ou muito menos fundar uma nova teoria sobre a eficiência²⁶ e eficácia²⁷ dos direitos fundamentais, mas simplesmente contribuir com um acréscimo mínimo para o desenvolvimento de novos debates sobre o tema, no intuito de garantir uma aplicação mais efetiva das normas referentes ao direito à educação, podendo-se mesmo exigir judicialmente, se necessário, que os efeitos pretendidos por tais normas sejam concretizados, procurando adequá-las ao atual momento vivido pela hermenêutica constitucional.

1 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

A expressão direitos fundamentais surgiu na França, no século XVIII, no movimento político que deu origem à Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789 (NOVELINO, 2013), sua natureza se traduz em situações jurídicas, objetivas e subjetivas, em prol da dignidade da pessoa humana, que não tem como ser alcançada sem a efetiva fruição dos referidos direitos, os quais devem ser promovidos, respeitados e garantidos pelo Estado²⁸.

Sarlet (2004) sustenta de modo mais enfático que a dignidade da pessoa humana, na condição de princípio normativo fundamental, reivindica para si a realização do conteúdo de todos os direitos fundamentais, exigindo e pressupondo o reconhecimento e a proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões. Assim, sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade estar-se-á negando-lhe a própria dignidade.

O divisor de águas para a segunda dimensão dos direitos fundamentais foi a inserção dos direitos sociais nas Constituições, já que até então o modelo que vigorava era o do Estado Liberal, que impunha uma limitação à atuação do Poder Público lastreado basicamente numa política de intervenção mínima que tinha por fito assegurar apenas a ordem, a segurança pública, e a igualdade, esta meramente formal, a seus administrados; mostrando-se

²⁶ Segundo Rachel Sztaján e Décio Zylbersztajn: “Eficiência significa a aptidão para obter o máximo ou o melhor resultado ou rendimento, com a menor perda ou o menor dispêndio de esforços; associa-se à noção de rendimento, de produtividade, de adequação à função”. **Direito & Economia**. Rio de Janeiro: Campus, 2005, p. 205.

²⁷ A eficácia refere-se à potencialidade da norma para produzir seus efeitos.

²⁸ Na tripartição francesa clássica os ideais revolucionários, e, pois, as dimensões dos direitos fundamentais foram representadas pelas cores de sua respectiva bandeira, a Liberdade é azul, a Igualdade é branca e a Fraternidade é vermelha.

absolutamente insuficiente ante as crises econômicas ocasionadas pelas mudanças no contexto político-social trazidas pelas guerras mundiais ocorridas no século passado, o que acabou por gerar várias desigualdades econômicas e resultou na quebra do modelo liberal de Estado.

Os direitos de igualdade evidenciam a consciência de que tão importante quanto garantir as liberdades do indivíduo, é proteger o organismo social como um todo, necessitando, pois, tanto por parte do Estado quanto do cidadão, de uma consciência de coletividade, exigindo dessa forma uma maior valoração do ser humano enquanto integrante de uma sociedade, em detrimento dos valores eminentemente individuais, corolários do Estado Liberal, mormente por meio de um tratamento diferenciado aos necessitados, surgindo assim a ideia de isonomia substancial.

Em virtude de ter sua efetividade completamente vinculada aos recursos financeiros especificamente destinados para este fim, os direitos fundamentais sociais, de uma forma geral, sofreram certo descaso em sua aplicabilidade, já que, até então os únicos direitos reconhecidamente fundamentais eram os de primeira dimensão, de postura eminentemente negativa, proporcionando ao cidadão uma garantia de oposição ante a intervenção demasiada por parte do Estado em sua esfera privada. (BOMFIM, 2010).

O reconhecimento da fundamentalidade dos direitos sociais de cunho prestacional depende da ligação ao plexo axiológico dos direitos humanos, que desaguam no princípio da dignidade da pessoa humana, dessa forma surge a necessidade de assegurar não apenas os direitos individuais dos cidadãos, cuja efetivação é traduzida por meio de prestações estatais negativas destinadas à proteção do indivíduo, mas igualmente, a necessidade de efetivar, na maior abrangência possível, os direitos sociais, estes, em sua maioria, direcionados à população carente, insuficiente de recursos e financeiramente incapaz de provê-los, já que para que possam ser exercitados exigem prestações positivas prévias por parte do Estado.

2 DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À EDUCAÇÃO

O reconhecimento da fundamentalidade dos direitos do homem conduz à necessidade de sua proteção ante a ofensa por parte do legislador ordinário, no sentido de vedar-lhe a alternativa de mutação do caráter histórico que já se alcançou ao longo dos tempos. A constitucionalização representa a garantia de indisponibilidade desses direitos frente aos desmandos estatais, eis que imutáveis, em sede de normas constitucionais derivadas, e consagrados como estrutura fundamental da ordem jurídico-constitucional.

Segundo Canotilho (2003), os direitos fundamentais são compreendidos, interpretados e aplicados como normas jurídicas vinculativas e não como trechos ostentatórios ao jeito das grandes declarações de direitos, assim sendo, a realidade do nível de ensino de um Estado e outros dados reais condicionam decisivamente o regime jurídico-constitucional do estatuto positivo dos cidadãos.

A conceitual natureza jurídica da educação no Brasil constitui bem fundamental a uma vida digna, figurando, pois, como parte essencialmente integrante da democracia, de maneira indissociável. O direito à educação exige do Estado o dever de implementar políticas educacionais inclusivas, haja vista se apresentar como direito subjetivo público inerente a toda população.

Afinal, partindo da premissa que uma prática educacional inclusiva pode ser um instrumento poderoso para o desenvolvimento da pessoa humana na busca do exercício da cidadania, a efetivação do direito à educação, como meio de transformação social, compreende a própria dignidade da pessoa humana como direito anterior à própria formação do Estado. (AFONSO DA SILVA, 2008).

A atual Carta Constitucional do Brasil classifica abertamente o direito à educação como um direito social, não estabelecendo, de imediato, qualquer especificação para seu alcance, entretanto, um conteúdo pode ser claramente delimitado, consistindo no acesso (igual) de todos à educação, dando ênfase aos níveis mais basilares de ensino.

Logo, o conteúdo mínimo do direito à educação traduz-se no acesso ao conhecimento básico e às capacitações, que devem ser prestadas de forma regular e organizada (TAVARES, 2010), tal afirmação é corroborada pelo próprio art. 205 da CF/88, quando estabelece que o referido direito deve visar o “pleno desenvolvimento da pessoa”, “seu preparo para o exercício da cidadania” e sua “qualificação para o trabalho”.

Resta, pois, cristalino que o real sentido conferido ao direito à educação pelo atual texto constitucional foi de que este configura um direito fundamental, cujas balizas foram construídas dentro de uma historicidade e evolução constitucional, e, ainda que ausente uma previsibilidade mais objetiva de conduta da norma que o estatui não se pode negar que, em último caso, se trata do direito ao acesso à educação de qualidade por parte dos cidadãos, servindo a norma infraconstitucional, nesse caso, apenas para conferir-lhe contornos mais precisos²⁹.

²⁹ Não se perca de vista que o acesso à educação é uma das principais formas de concretização do ideal da democracia.

Ora, indubitavelmente o nível de ensino de certa sociedade constitui um pressuposto básico para o exercício dos direitos fundamentais (CANOTILHO, 2003), o que, por si, é suficiente para realçar sua importância, haja vista seus efeitos, ou, conforme o caso, ausência, são claramente sentidos e observados no modo de vida da população, em suas várias formas de expressão, mormente no direito de petição, voto, e, mesmo na própria democracia.

O Pretório Excelso confirmou o conceito de fundamental, social e universal, aqui sustentado, do direito em foco, ao consagrar que a educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. Os Municípios – que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, parágrafo 2º) – não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma – AgI nº 596.927-6, Relator Ministro Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 15 de Fevereiro de 2007, p. 31).

Por definição legal, “a educação abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais”, nos termos do artigo 1º, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei 9.394/96).

O acesso à educação foi, e continua sendo, importante preocupação social e governamental, especialmente por se verificar que é possível a inclusão social como resultado do processo educacional. Porém, o acesso formal aos bancos escolares não deve estar limitado aos números de alunos que ingressam no sistema escolar. É preciso, também, assegurar-lhes o direito a uma educação com qualidade, princípio, aliás, sedimentado em sede constitucional, art. 206, VII da CF/88. Denota-se, da letra normativa, que a Constituição elegeu o princípio da universalidade como mola mestra do direito à educação, consistindo em direito de todos frente ao Estado.

Afonso da Silva (2007) afirma que a normatização da forma explicitada significa, em primeiro lugar, que o Estado tem que aparelhar-se para fornecer, a todos, os serviços educacionais, isto é, oferecer ensino, de acordo com os princípios estatuídos na Constituição (Art. 206), ampliando cada vez mais as possibilidades de que todos venham a exercer

igualmente esse direito; e, em segundo lugar, que todas as normas da Constituição, sobre educação e ensino, hão de ser interpretadas em função desta universalidade no sentido de sua plena e efetiva realização.

A educação, portanto, deve ser vista como um empreendimento coletivo, pois exige a participação de, no mínimo, dois interlocutores, visando à transmissão de conhecimento técnico aliado a valores éticos construídos pelo meio em que o educando está inserido, proporcionando-lhe o crescimento intelectual e social, com a finalidade de formar o cidadão para ser membro participante ativo da sociedade em que vive, assegurando-lhe a interação de forma paritária e, por conseguinte, a sua inclusão social.

3 PROBLEMA DA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO: “PROGRAMATICIDADE” DA IMPLANTAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS X EFICÁCIA PLENA

Ao ser classificado como um direito fundamental, o acesso à educação liga-se, indissociavelmente à promoção e ao desenvolvimento da dignidade da pessoa humana, assim sendo, confere a seus titulares o direito subjetivo de exigir do Estado, caso necessário, a realização das prestações materiais prévias inerentes ao seu exercício, no sentido de proporcionar o bem-estar tanto do indivíduo quanto da sociedade³⁰.

Figueiredo (2007) afirma que os empecilhos atribuídos à exigibilidade dos direitos sociais não se referem apenas à eficácia jurídica, mas também a menor espessura normativa das regras que a consagram, que em muitas situações são necessitadas de nova edição legislativa conformadora e de um posterior controle de omissões inconstitucionais.

O maior problema da eficácia reduzida dos direitos fundamentais não se deve apenas a falta de leis ordinárias ou a não prestação concreta dos serviços básicos por parte do Estado, já que a maior parcela de normas para a efetivação dos direitos sociais já existe. Krell (2002) aponta a formulação, implantação e manutenção das políticas públicas como o principal problema, assim como a composição dos gastos nos orçamentos da União, dos estados e dos municípios.

³⁰ Em matéria de efetividade dos direitos sociais o baixo nível de desenvolvimento vivenciado pela população brasileira representa um óbice bem maior que a carência de prestações materiais exigidas pela natureza prestacional destes direitos.

Logo, o problema atual enfrentado pelos direitos fundamentais reside na sua existência e no próprio conceito de fundamental, não somente na programaticidade ou aplicabilidade imediata de tais normas. (LEIVAS, 2006).

A sustentação da aplicabilidade imediata não é a solução para os problemas que permeiam a hermenêutica dos direitos fundamentais sociais. Embora possa ser verificado um importante avanço em relação à maximização da efetividade desses direitos no tocante a omissão ou ação insuficiente do Estado, através do controle da Função Judiciária Estatal que está promovendo um importante progresso na efetividade dos direitos prestacionais (2008).

Embora as normas regulamentadoras dos direitos fundamentais sociais sejam programáticas não regulamentando diretamente interesses ou direitos nelas consagrados, limitando-se a traçar preceitos que deverão ser cumpridos pelo Poder Público, como programas das respectivas atividades, pretendendo unicamente a consecução dos fins sociais do Estado (DINIZ, 1992), ainda assim, quando versarem sobre os direitos sociais e econômicos, podem e devem ser aplicadas de maneira direta e imediata, uma vez que são jurídicas e vinculativas, e, não obstante sua indeterminação, uma vez evidenciado o interesse público, a inércia estatal caracterizará inconstitucionalidade por omissão.

O §1º do art. 5º da Constituição Federal estabelece que as normas sobre direitos fundamentais são de aplicação imediata (*self-executing*) (KRELL, 2002), ou *bastantes em si*, de acordo com a lição Pontiana (MIRANDA, 1970), deixando claro que tais direitos podem ser imediatamente invocados, ainda que haja falta ou insuficiência da lei.

Neste sentido, Lobato (1999) afirma que o §1º do art. 5º da Constituição Federal comporta interpretação no sentido da afirmação ou reconhecimento de verdadeiros direitos subjetivos aos cidadãos, estando o poder público obrigado a atuar no sentido de sua plena efetivação, independentemente de regulamentação infraconstitucional, já que os direitos fundamentais são normas constitucionais de eficácia plena.

Da mesma forma, Freitas (2001) ressalta que o intérprete constitucional deve guardar vínculo com a excelência ou otimização máxima da efetividade do discurso normativo da carta. Sob a égide de tal preceito, eminentemente integrador, resulta que, havendo dúvida sobre se nos encontramos perante uma norma de eficácia plena, contida ou limitada, é de se preferir sempre a exegese conducente à concretização endereçada à plenitude, vendo-se a imperatividade como padrão.

Assim, a ideia de que o direito à educação deve ter eficácia imediata ressalta a vinculação direta dos órgãos estatais a esse direito, bem como o dever de guardar-lhes estrita observância, uma vez que como direito fundamental que é não assegura apenas direitos

subjetivos, mas também os princípios objetivos da ordem constitucional e democrática. (BOMFIM, 2010).

À luz do exposto, observa-se que a plena eficácia das normas constitucionais configura um pré-requisito ao fortalecimento de uma jurisdição constitucional emancipatória e progressista, tendo o Poder Judiciário um papel fundamental no Estado Democrático de Direito. (SOARES, 2011).

Restando claro, pois, que tais normas em virtude de sua aplicação diferida, se apresentam como comando-valores e trazem elasticidade ao ordenamento constitucional, podendo ser aplicadas imediatamente.

O Texto Constitucional traz uma gama de dispositivos que trazem comportamentos obrigatórios, que vincula tanto o Estado, quanto os administrados. Logo, há violação da Constituição tanto quanto se faz o que ela proíbe quanto não se fizer o que ela impõe. (BOMFIM, 2010).

Segundo Bernardes de Mello (2009), todas as normas constantes em uma Constituição são jurídicas, ou no mínimo, deve-se presumir que o sejam, afinal não existe norma constitucional privada de eficácia uma vez que seus preceitos são aptos a outorgar imediatamente, sem necessidade de norma regulamentadora posterior; logo, sua eficácia imediata e positiva em relação a determinados interesses tutelados ensejam a possibilidade de exigi-los tão logo sejam negados. Desta feita a discussão acerca da eficácia das normas constitucionais não é motivo suficientemente válido para privar cidadãos de seus direitos fundamentais constitucionalmente assegurados.

Assim sendo, mesmo que aos direitos sociais seja atribuído o caráter de norma programática, a hipótese de incidência imediata, em virtude de constituir norma de eficácia plena, não deve, com as devidas ressalvas, deixar de ser observada, sob pena de enfraquecer a juridicidade das Constituições, pois os direitos sociais, dentre eles o direito à educação, já trazem definidos e regulados pela própria Constituição a matéria que lhe serve de objeto, que, posteriormente será regulada no caso concreto pelos atos legislativos para efeitos de sua aplicação.

Não são promessas cujo conteúdo há de ser ministrado ou estabelecido depois pela autoridade legislativa, uma vez que, desde o primeiro momento, sua eficácia ou aplicabilidade pode manifestar-se de maneira imediata, ainda que incompleta, ficando assim, por exigências técnicas, condicionadas à emanção de sucessivas normas integrativas. (BONAVIDES, 2003).

Vê-se que o parágrafo 1º da Constituição Federal, que traz a aplicabilidade imediata, engloba a interpretação do claro reconhecimento de direitos públicos subjetivos dos cidadãos,

deixando clara a obrigação do Estado em atuar na direção de sua efetivação, que, por sua vez, não necessitará, inicialmente, de regulação infraconstitucional para o seu exercício, haja a vista a eficácia plena de tais direitos.

A ideia de que o direito à educação deve ter eficácia imediata, salienta a vinculação dos órgãos estatais a esse direito, devendo, pois, haver a correta observância de seus preceitos como direito fundamental que é e pelo fato de não se limitar apenas aos direitos de ordem subjetiva, como também a princípios basilares da ordem constitucional do Estado Democrático de Direito.

A lição de Mendes (2006) ressalta que a atribuição de eficácia superior aos direitos individuais em relação às normas programáticas, deve ser claramente delineada em relação aos contornos e limites de cada direito, ou seja, trazer de forma límpida seu campo de proteção. O que deixa clara a importância do papel do legislador ao conferir discricionariedade na fixação de limitações ou restrições na concretização de tais direitos, contudo tal prerrogativa deverá ser exercida dentro dos limites constitucionais, onde em cada contexto específico poder-se-á verificar se as respectivas condutas são consideradas legítimas ou não.

O controle judicial dos atos administrativos visa garantir a efetividade dos serviços públicos prestados à população, atuando no sentido de lutar contra o excesso de poder em todas as suas modalidades. É importante salientar que a supracitada discricionariedade do legislador perante a indisponibilidade do interesse público (CARVALHO FILHO, 2014), não se traduz numa mera faculdade de legislar, mas sim no dever de legislar.

4 DIREITO À EDUCAÇÃO COMO DIREITO SUBJETIVO

Como genuíno direito social, o direito à educação vincula o Estado a oferecer o acesso a todos os interessados, especialmente àqueles que não podem arcar com os custos de uma educação particular, atuando no sentido de amenizar as desigualdades de fato muito comuns à realidade brasileira.

A Carta Política de 1988 estatui que a educação é direito de todos e dever do Estado (art.205), impondo que seja ele efetivado mediante a garantia da educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, sendo assegurada sua oferta igualmente assegurada para aqueles que não tiveram o acesso na idade própria (art. 208, I).

O direito à educação parte da premissa que o saber sistemático é mais importante que uma importante herança cultural. A herança cultural traz para o cidadão padrões cognitivos,

que o possibilitam participar da sociedade e colaborar com sua transformação. Em contrapartida, ter o conhecimento sistemático, é também uma condição indispensável para que se possam alargar os novos conhecimentos.

Enquanto direito fundamental, social e subjetivo, qualquer jovem, adulto ou idoso tem o direito de acesso a educação, podendo, a todo tempo, buscar tutela jurisdicional no sentido de resguardá-lo, pois é exatamente com o nascimento do Estado Democrático de Direito que ocorre a superposição da soberania da vontade dos cidadãos (interesse público) sobre a vontade do Príncipe. (BOBBIO, 1992).

Ora, claramente num Estado Democrático de Direito, não são asseguradas apenas prerrogativas e obrigações a todo cidadão, mas igualmente garantias para sua efetiva fruição, desta feita a ausência da aplicação no mundo fático dos referidos direitos enseja o acionamento de ferramentas jurídicas e processuais capazes de se fazer concretizar um direito constitucionalmente protegido em face da inequívoca inconstitucionalidade por omissão.

Insta salientar a preocupação do legislador infraconstitucional em obedecer ao Texto Constitucional no que tange ao direito fundamental à educação, ao editar a Lei 9.394/1996. A Lei de Diretrizes e Bases (LDB) é a lei orgânica e geral da educação brasileira, e, como o próprio nome já está dizer, preceitua as diretrizes e as bases da organização do sistema educacional no País, traçando as linhas por onde deverá ser trilhado o ensino prestado pelo Estado na educação escolar pública, tais como, por exemplo, a universalização do ensino médio gratuito, padrões de qualidade de ensino definidos em variedade e quantidade mínimas e insumos indispensáveis ao desenvolvimento do processo de ensino-aprendizagem.

Resta claro, pois, ser evidentemente inegável que o direito à educação não se restringe apenas ao acesso a ela, enquanto direito público subjetivo, mas igualmente à prestação ao cidadão de forma eficaz, nos padrões de eficiência e continuidade comum a todo e qualquer serviço público, formando sua personalidade, fornecendo seu sustento, e atribuindo-lhe uma condição de vida digna e humana.

5 MÍNIMO EXISTENCIAL COMO GARANTIA DE UMA VIDA DIGNA

O Mínimo Existencial é uma construção teórica conhecida por abarcar um núcleo comum aos direitos fundamentais, traçando um âmbito de proteção mínimo, inviolável e inderrogável a tais direitos, sendo, então, diretamente proporcional às condições materiais mínimas exigidas para a sobrevivência em condições dignas, não podendo ser traduzido em balizamentos precisos; resultando de um levantamento comparativo de sua incidência em

instrumentos de direitos humanos, fortalecido ademais pela construção jurisprudencial daí decorrente e pelo processo de interpretação destes dispositivos equivalentes com formulações distintas. (TRINDADE, 1991).

São em último caso os padrões mínimos universalmente aceitos e considerados essenciais à preservação da dignidade da pessoa humana, resultantes de uma lenta incorporação aos tratados internacionais, cartas políticas e disseminação na legislação infraconstitucional dos Estados, sendo, pois, reconhecidos de forma supralegal o que torna imperativa sua aplicação à luz dos valores maiores da existência do Estado politicamente organizado, qual seja, seus cidadãos.

O mínimo existencial já foi contemplado inclusive em previsão normativa de conduta, Nesse sentido, o art. 1º da Lei nº 8.742/93, preceitua que a assistência social, direito do cidadão e dever do Estado, é Política de Seguridade Social não contributiva, realizada através de um conjunto de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas.

Trata, pois, em última análise, de fixar um conteúdo mínimo ao cerne dos direitos fundamentais, que lhes serve de limite, estabelecendo seu respectivo âmbito de proteção, sendo absolutamente vedada ao Estado a adoção de quaisquer medidas, de ordem legislativa ou material, comissivas ou omissivas, que busquem restringir a fruição desses direitos além do padrão mínimo estabelecido.

O mínimo existencial não necessita de espécie normativa para sua incidência, haja vista ser inerente a toda existência humana, sendo assim o pilar básico para o alicerce à vida com dignidade, logo, trata-se de um direito fundamental e essencial ligado à ideia de justiça social, tendo por escopo assegurar as condições mínimas de uma existência humana digna, devendo o Estado fornecer as condições materiais necessárias e prévias para que os direitos brancos possam ser efetivamente exercidos cumprindo sua importante função de proporcionar igualdade e justiça social a quem deles necessitar, sendo, pois, reconhecido categoricamente como parte integrante do núcleo do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

6 RESERVA DO POSSÍVEL E A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO

O crescente aumento tanto na gama dos direitos fundamentais quanto na conseqüente demanda para seu efetivo exercício, esbarra na escassez de recursos destinados a fornecer as condições materiais prévias para que possam, referidos direitos, serem plenamente exercitados pelo

cidadão; nesse contexto surge a reserva do possível como fenômeno que impõe limites para a efetivação dos direitos fundamentais prestacionais.

O Estado, aproveitando-se deste argumento, embora reconheça o direito do cidadão, alega não dispor de condições materiais suficientes para a promoção de um atendimento integral e eficiente para todos que dependam de seu suporte, em virtude de numerário escasso de recursos que se apresentarem insuficientes para a satisfação das necessidades públicas, uma vez que o direito à educação não é o único direito fundamental a que o cidadão faz jus, medindo esforços para aplicar nossa Lei Maior sob a justificativa de que deve ser observada a reserva orçamentária que se tem disponível, realizando apenas o que está dentro de suas possibilidades financeiras.

Ora, ainda que a reserva do possível possa e deva ser levada em consideração quando da elaboração e implementação das políticas públicas relativas aos direitos prestacionais, nenhuma impossibilidade orçamentária, (remota ou inexistente), per si, tem o condão de impedir a eficácia dos direitos fundamentais considerados essenciais sob a ótica do mínimo existencial, pois, o Estado tem o dever de concretizar os direitos postulados na Constituição Federal e os Princípios ligados a ela, com o fim de garantir à pessoa humana uma vida digna.

Logo, ao não oferecer as ações afirmativas necessárias para que sejam concretizados os direitos “mínimos existenciais”, O Estado, na verdade, está infringindo seu próprio fundamento de validade, que reside na dignidade da pessoa humana, haja vista uma vez legitimado como gerenciador do interesse público tem o dever constitucional de atuar no sentido de responder às necessidades de seus administrados com serviços públicos adequados e eficientes.

7 A TRIPARTIÇÃO FUNCIONAL DO PODER ESTATAL

A Constituição Federal de 1988 visou, precipuamente, evitar o arbítrio e o desrespeito aos direitos fundamentais do homem, seguindo a tendência iluminista de repartir as funções do poder do Estado (MONTESQUIEU, 1982), de forma independente, mas harmônica entre si, estabelecendo mecanismos de controle recíproco, através de um sistema de freios e contrapesos, com o fito de garantir a permanência de um Estado democrático de Direito, nesse sentido, estabeleceu de forma categórica que uma função não pode jamais se imiscuir no âmbito de atuação reservado à outra, constituindo dita afirmativa, uma cláusula pétreia da Carta Constitucional de 1988.

Observa-se claramente que o intuito do constituinte foi o de assegurar a unicidade do Estado, porém dentro de um modelo democrático, repartindo as funções do seu poder de

forma a equilibrar, distribuir e fiscalizar cada função dentro de um conjunto tríplice de esferas³¹.

As funções do poder são forças estruturais e organizacionais do Estado, possuindo cada uma delas uma atividade principal e outras secundárias, chamadas de típicas e atípicas, as últimas são exercidas em caráter excepcional, como forma de garantir a harmonia constitucional entre si e decorrem do fato de que a tripartição das funções não tem caráter absoluto.

Vale lembrar que a teoria proposta por Montesquieu não deve ser interpretada apenas no sentido de evitar o exercício arbitrário e absolutista do poder concentrado nas mãos de uma só pessoa, mas também pressupõe uma relação de cooperação, equilíbrio e interdependência dos Poderes. (BOMFIM, 2010).

Assim, resta claro, pois, que dita teoria não pode ser utilizada como óbice para o controle judicial como ferramenta para a concretização do direito à educação ante a omissão administrativa do Poder Público, uma vez que não está o Judiciário criando uma política pública, ou mesmo estabelecendo critérios vinculativos para o mérito administrativo, mas tão somente determinando que seja implementada uma prestação material prévia que já existe no ordenamento jurídico pátrio para o efetivo exercício de um importante direito fundamental, e, conseqüentemente, da dignidade da pessoa humana.

8 O CONTROLE JUDICIAL E A EFETIVIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO EM FACE DA OMISSÃO ADMINISTRATIVA

A necessidade crescente pela tutela jurisdicional do direito à educação justifica-se pelo fato deste constituir ferramenta imprescindível para uma transformação da sociedade por meio dos indivíduos que a compõem, exatamente por isso o Estado tem a missão constitucional de não apenas proporcionar, mas igualmente assegurar seu efetivo exercício, criando e concretizando políticas e ações educacionais adequadas à formação do cidadão.

Segundo Weis (1998), em qualquer momento que a dignidade da pessoa humana for afrontada, nascerá um direito subjetivo, suscetível de tutela jurisdicional, que terá por fito tanto a correção da situação de atos danosos, quanto a prestação material negada.

No mesmo sentido, Sarlet (2002) defende que a proteção da dignidade da pessoa humana, pelo fato de sua importância no ordenamento jurídico, deve ser preservada até

³¹ Conforme estabelecido no art.2º da Constituição Federal de 1988: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

mesmo contra ameaças vindouras não trazidas de forma expressa no âmbito dos direitos fundamentais já consagrados no Texto Constitucional.

A presente crise enfrentada pelos direitos fundamentais prestacionais não se resume ao binômio efetividade/eficácia, indo mais além, alcançando o reconhecimento da própria identificação do seu respectivo âmbito de proteção, restando evidente, nos dias atuais, o clamor por uma participação mais concreta e efetiva da Função Judiciária Estatal no sentido de exercer um controle na efetivação das políticas públicas já definidas no Texto Constitucional, no sentido de assegurar um dos pilares estruturais mais importantes de um Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana.

Ademais, ainda que seja atribuído aos direitos fundamentais de natureza social o status de norma programática, não devem estes deixar de ser concretizados, nos limites das razoáveis proporções de cada caso em concreto, sob pena de se enfraquecer e pormenorizar as Constituições, haja vista os direitos de igualdade, já trazerem em seu bojo, e, como tal, já aptas a incidir (KRELL, 2002), a matéria a ser tratada em seu objeto, a qual será ulteriormente regulamentada na prática, por meio de atos legislativos de aplicação apenas para conferir-lhe contornos mais precisos.

Frise-se que, a partir do momento que um fato possui relevância social para a conduta intersubjetiva das pessoas, será criada uma norma para, regulamentá-lo, e, conseqüentemente inseri-lo no mundo jurídico, ou seja, surge a necessidade de proteção ao agora fato jurídico para torná-lo obrigatório, residindo exatamente aí a diferença essencial entre uma norma jurídica e um mero processo de adaptação social.

Conforme ressaltado por Barcellos (2002), a eficácia é um atributo das normas e pode ser exigida judicialmente, se necessário. O correto seria exigir da Função Jurisdicional Estatal aquilo que se encontra no cerne da norma, e que ela pretende produzir, porém por algum motivo, não veio acontecer, bastando apenas solicitar ao Judiciário que referida norma produzisse seus efeitos no mundo fático.

Observa-se que o real exercício dos direitos fundamentais está diretamente vinculado a uma atuação efetiva por parte do Estado, já que este deverá assegurar ao cidadão o pleno acesso a tais direitos, de forma a empregar os recursos financeiros minimamente necessários para tal finalidade, no sentido de garantir seu mais alto nível de realização. (BOMFIM, 2010).

No mesmo sentido, Derbli (2008) preceitua que a Constituição não apenas assegurou ao legislador a obrigação de editar leis que tornem concretos os direitos sociais, mas igualmente, em contrapartida, impôs ao legislador a proibição de não poder revogar as leis que atualmente imprimam contornos um pouco mais precisos acerca da concretização deles,

sem que seja criada alguma outra regulamentação substitutiva, no sentido de não permitir que as conquistas obtidas até então sejam retiradas, explicitando desta feita princípio, de construção doutrinária, com ampla ressonância em se tratando de direitos com cunho prestacional, a vedação do retrocesso.

Segundo Bucci (2006) políticas públicas são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas no sentido de realização de objetivos relevantes e politicamente determinados.

Não obstante, ainda a que a Constituição considere o direito à educação como direito fundamental e com uma imperatividade categórica, a sua concretização, ante sua natureza eminentemente prestacional, impõe aos governantes o dever de efetivação mesmo em face da escassez de recursos.

Logo, a omissão do legislador iguala-se ao excesso de poder legislativo, o que pode dar ensejo a uma inconstitucionalidade contínua, resultando em uma desestabilização política, já que o fito dos direitos econômicos e sociais está sujeito, na maioria das vezes, a adoção de medidas de caráter promocional em várias áreas de ação, com ênfase nos planos político e jurídico. (KRELL, 2002).

Ademais, embora a Função Judiciária não deva, a princípio, interferir na esfera de outra função estatal nos aspectos relacionados a conveniência e oportunidade, é sim legitimada a intervir, em se tratando de ofensa evidente e arbitrária, tanto pelo legislador na função constitucional de legislar, quanto pelo Executivo quando da não implementação da respectiva prestação material prévia em flagrante desrespeito ao interesse público.

Em caso de omissão legislativa, surge a possibilidade do titular do direito subjetivo não exercido recorrer ao mandado de injunção, como instrumento para tentar compelir o legislador a cumprir seu dever de legislar sobre a matéria, entretanto apenas de forma admoestativa, haja vista, a Separação das Funções do Poder do Estado impedir categoricamente o Judiciário de interferir na atividade típica de outra função do Poder Estatal.

Assim sendo, a intervenção judicial por meio do mandado de injunção apenas declara a omissão legislativa, dela não derivando a mínima obrigação de legislar no sentido de suprir a omissão que ensejou sua impetração, exatamente por isso o referido remédio constitucional não alcançou o resultado que dele se esperava nem muito menos a amplitude que o Poder Constituinte Originário pretendia com a sua instituição, o que per si já demonstra, de forma

crystalina, a necessidade premente de uma participação mais atuante do Legislativo no sentido de promover o exercício do direito fundamental em questão³².

Barcellos (2002) associa o núcleo dos direitos fundamentais à cláusula da reserva do possível, salientando a importância da implantação do mínimo existencial no orçamento público, sem deixar de lado que a finalidade do Estado em obter verba, é para aplicá-la na prestação de serviços, na intenção de concretizar os objetivos fundamentais da Constituição.

A meta nuclear das Constituições modernas, inclusive a Constituição Brasileira de 1988, pode ser sintetizada na promoção do bem-estar do homem, assegurando condições de sua própria dignidade, incluindo além da proteção dos direitos individuais, as condições materiais mínimas de existência, direito ao mínimo existencial. Quando o administrador estabelece esses alvos principais dos gastos públicos, ele irá, em tese, tentar atingi-los.

À luz do exposto, o mínimo existencial pode conviver de maneira produtiva com a reserva do possível. Nessa esteira, Mancuso (2001), admitindo o controle judicial, classifica as políticas públicas como condutas omissivas ou comissivas da Administração, direcionado ao cumprimento de meta contida em norma constitucional ou legal, sujeitas ao controle judicial amplo, principalmente em matéria relacionada a eficiência dos meios utilizados e a avaliação dos resultados alcançados.

CONCLUSÃO

O presente trabalho sustenta a classificação do direito à educação como um direito fundamental, e, como tal, seu efetivo exercício é imprescindível à dignidade da pessoa humana, e, enquanto garantia constitucional, suscetível de ser judicialmente exigido, ante a inércia do Poder Público em sua promoção.

O objetivo basilar do direito à educação é o pleno desenvolvimento da personalidade do ser humano e para tanto se faz necessária uma participação atuante do Estado através da implementação de políticas públicas para que seus pressupostos materiais sejam assegurados, do contrário, perde o sentido qualquer forma de educação.

Ora, Todas as normas constitucionais, mesmo as programáticas, geram de forma imediata, direitos subjetivos para os cidadãos, embora apresentem graus de eficácia distintos. Logo, ao serem consideradas como meras normas de cunho ideológico ou político, estar-se-á,

³² Insta salientar que embora possua o Judiciário a prerrogativa constitucional de ser “la bouche de la loi” adequando o comando normativo ao caso concreto, não se pode descurar de ser-lhe absolutamente vedado atuar como legislador positivo determinando o surgimento de novas categorias jurídicas não contempladas pela norma.

na verdade, negando completamente sua efetividade normativa. Desta feita, as novas demandas exigem do atual Estado Constitucional uma maior atuação da Função Judiciária no sentido de suprir as eventuais inércias do Executivo e Legislativo.

Em razão disso, ainda que a destinação de verba e as normas regulamentadoras das políticas públicas estejam à disposição da discricionariedade de decisões políticas, a atuação da Função Judiciária Estatal é legítima no sentido de velar pela Constituição, e observar se os seus preceitos foram respeitados. O que concede ao Judiciário, em decorrência da educação ser absolutamente imprescindível ao exercício da dignidade da pessoa humana, determinar que a Administração execute uma política pública já existente, trazida por lei e ainda não concretizada sem nenhuma justificativa aceitável, evidentemente, respeitadas as particularidades de cada caso em concreto.

Logo, o controle judicial na prestação do direito à educação, surge quando o Poder Público dá a cômoda desculpa da escassez material e da mera programaticidade das normas para não realizar o desenvolvimento e a justiça social garantidos pela Constituição. Tal controle atuará em face da omissão do Poder Público na efetivação do direito à educação, o que per si, não fere a separação constitucional das funções estatais, já que o magistrado não toma decisões de cunho político, mas sim jurídico, levando em conta a importante garantia da reserva do possível, porém mitigada pelos direitos integrantes no núcleo do mínimo existencial; nesse sentido, os direitos sociais desenvolvem a nobre e importante função de proporcionar a igualdade substancial aos que dela necessitam, buscando amenizar desigualdades existentes na sociedade, por meio do ideal da justiça distributiva.

REFERÊNCIAS

AFONSO DA SILVA, José. **Curso de direito constitucional positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

AFONSO DA SILVA, Virgílio. O Judiciário e as Políticas Públicas: entre Transformação Social e Obstáculo à Realização dos Direitos Sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2002.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 10. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOMFIM, Thomé Rodrigues de Pontes. **Efetivação do direito fundamental à saúde através da ação civil pública: uma análise da prática jurisprudencial em Alagoas**. 2010. 138 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito de Alagoas, Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal de Alagoas, Maceió, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. **Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Constituição de 1824. **Planalto**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm> Acesso em: 25 jun. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma – **AgI nº 596.927-6**, Relator Ministro Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 15 de Fevereiro de 2007.

_____. Lei nº 8.742/93. **Planalto**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8742compilado.htm> Acesso em: 25 de jun.2014.

_____. Lei nº 9.394/96. Lei de diretrizes e bases da educação nacional. **Planalto**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm> Acesso em: 25 de jun.2014.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO FILHO, Matheus de. **Manual de direito administrativo**. Salvador: Juspodivm, 2014.

DERBLI, Felipe. A Aplicabilidade do princípio da proibição da vedação do retrocesso social no Direito Brasileiro. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Norma consitucional e seus efeitos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FREITAS, Juarez. O intérprete e o poder de dar vida à Constituição: preceitos de exegese constitucional. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs.). **Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2001.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LOBATO, Anderson Cavalcante. Os desafios da proteção jurisdicional dos direitos sociais, econômicos e culturais. **Estudos Jurídicos**. Porto Alegre, v.32, n.86, p.5-24/ set./dez. 1999.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In: MILARÉ, Edis (coord). **Ação civil pública/ Lei 7.347 – 15 anos**. São Paulo: RT, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Notas sobre o caráter normativo dos princípios e das normas programáticas**. Revista do Mestrado em Direito da UFAL, n. 3, Maceió: Edufal, jul./dez. 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2006.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**. Tomo I. 2. ed. São Paulo: RT, 1970.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondant, baron de La Brède et de. **O espírito das leis**. Tradução Fernando Henrique Cardoso. Brasília: Universidade de Brasília, 1982.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Método, 2013.

NUNES DA SILVA, Fábio de Sousa. Análise crítica quanto efetivação do direito fundamental à educação no Brasil como instrumento de transformação social. Disponível em <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em 20 de junho de 2014.

ONU. Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/declaracao/>>. Acesso em: 25 de Junho de 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2002.

_____. **O princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **A Releitura da teoria jusfundamental no direito brasileiro**. Leituras complementares de direito constitucional. 4. ed. Mato Grosso: Saraiva, 2011.

SZTAJAN, Rachel; ZYLBERSZTAJN Décio: **Direito & Economia**. Rio de Janeiro: Campus, 2005.

TAVARES, André Ramos. Direito Fundamental à Educação. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. 2ª Tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos fundamentais, fundamentos jurídicos e instrumentos básicos**. São Paulo: Saraiva, 1991.

WEIS, Carlos. O pacto internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais In: **Direitos humanos: construção da liberdade e da igualdade**. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, Grupo de Trabalhos de Direitos Humanos, 1998.

ANÁLISE HISTÓRICO-HERMENÊUTICA DA OBRA “TÓPICA E JURISPRUDÊNCIA” DE THEODOR VIEHWEG E SUA IMPORTÂNCIA PARA O DIREITO

Hilda Maria Couto Monte

Mestra em Direito pela Universidade Federal de Alagoas – UFAL. Advogada na área do Direito Familiar. Docente e membro do Colegiado do Curso de Direito do Centro Universitário CESMAC.

RESUMO *O presente artigo tem como objetivo analisar sob o prisma histórico e hermenêutico a polêmica obra Tópica e Jurisprudência, de Theodor Viehweg, que traz como tema principal, a relevância da tópica para a Ciência do Direito, retomando a temática da interpretação jurídica por outro viés, ou seja, não mais mediante os clássicos instrumentos de interpretação, sendo estes insuficientes aos anseios de solução às questões hermenêuticas do Direito na atualidade, todavia, partindo da filosofia clássica de Aristóteles e Cícero, abre novos horizontes para as Ciências Jurídicas, onde a hermenêutica e interpretação do Direito se tornam mais próximas da realidade social dinâmica.*

PALAVRAS-CHAVE: *Theodor Viehweg; Tópica e Jurisprudência; Análise Histórico-hermenêutica; filosofia clássica aristotélica e ciceroniana; Direito e Realidade Social.*

ABSTRACT This article has for finally discuss about the point of view historical and hermeneutical the controversial work Topic and Jurisprudential , of Theodor Viehweg, that bring as the main theme, the relevance of the topic for the Legal Sciences, Revisiting the themes of the legal interpretation on the other way, in other words, no longer through the classics interpretative instruments, these being insuficiente to the desires of solution to hermeneutical problems of the Law in the presente, however, starting with classical philosophy of Aristoteles and Cicero, opens new horizons for the Legal Sciences, where the hermeneutical and interpretation of the Law become more near of the dynamic social reality.

KEYWORDS: *Theodor Viehweg; Topic and Jurisprudence; the point of view historical and hermeneutical; classical philosophy of Aristoteles and Cicero; Law and social reality.*

INTRODUÇÃO

Viehweg (1979), em sua emblemática obra **Tópica e Jurisprudência**, procede a um estudo sob o panorama histórico e hermenêutico, da tópica e sua relevância para a Ciência do Direito, fazendo emergir novos apontamentos acerca da temática da interpretação jurídica sem a necessidade de lançar mão dos antigos instrumentos de interpretação que, no seu entendimento, apresentaram-se insuficientes na busca por solução das questões hermenêuticas do Direito nos tempos atuais. Viehweg parte da filosofia clássica, de Aristóteles e de Cícero, para o Direito, onde a tópica impacta o pensamento jurídico conservador, vinculado até então à forma de pensar oitocentista extrema e ultrapassada em teoria, mas que ainda permeia o

ambiente jurídico com sua formação formal - legalista, que não consegue encontrar na tópica uma possibilidade de interpretação do Direito.

Insiste em qualificar a tópica não como uma *ars iudicandi* mas como *ars inveniendi*. A proposta é de conciliação do pensamento tópico com o pensamento sistemático, posto que não pretendeu construir uma teoria da tópica pura aplicada à jurisprudência, nem contrapor o método sistemático, mas contrapôs-se à noção de sistema lógico – dedutivo, fechado, outrora dominante na Ciência Jurídica, hoje não mais em sua glória. A tópica é uma forma de pensamento que, tendo dominado o mundo antigo, até hoje é imprescindível ao discurso jurídico. Das origens históricas da tópica, extrai-se a base para uma hermenêutica renovada e fundada numa perspectiva aberta do texto normativo.

1 A JUSTIFICADA CONTRIBUIÇÃO DA OBRA DE THEODOR VIEHWEG À CIÊNCIA DO DIREITO

O autor inicia sua obra, como alude, tendo como objetivo uma “contribuição à Ciência do Direito”. Todavia, para se entender em que consiste esta contribuição, necessário se faz situar sua pretensão no contexto jurídico em que a obra foi escrita, no ano de 1953. Neste contexto, Larenz (1989, p. 171), renomado jurista alemão esclarece que a gênese da tópica jurídica teria sido uma maneira alternativa à jurisprudência positivista do século XIX e que se utilizava do método axiomático – dedutivo nas decisões.

Ocorre que tal método, mostrou-se insuficiente, além de não garantir a justiça e equidade nas decisões. Assim, arguiu-se que o método tópico seria o mais pertinente na aferição de decisões mais justas para os casos jurídicos postos a exame, estes casos, tratados como “problemas”. Por isso, Viehweg (1979, p. 27, 35-36) expõe que os “problemas jurídicos” devem ser analisados sob diversos pontos de vistas e opiniões, incluindo neste contexto, o senso comum e, em se considerando tantas opiniões, quedar-se-ia a um consenso justo. Assim, na tópica de Viehweg, este entende os variados “pontos de vistas” como “tópicos”, também denominados “lugares comuns”.

Tecendo estas considerações iniciais, percebe-se que o autor estabelece uma correlação clara e quase simbiótica entre tópica e jurisprudência. A tópica, entendida no contexto, como a origem da jurisprudência, o que leva irrefutavelmente o autor a citar em sua obra Gian Battista Vico, além de procurar na cultura da antiguidade, mais precisamente em Aristóteles e Cícero, os delineamentos dessa nova visão.

Viehweg coloca a questão da tópica como sendo uma técnica de pensar por problemas e desenvolvida pela retórica. *Retórica* (em grego Τέχνη ρητορική, em latim *Ars Rhetorica*), é um texto do filósofo grego Aristóteles (2003) e composto por três livros (I: 1354a - 1377b, II: 1377b - 1403a, III: 1403a - 1420a). Conforme o filósofo citado pelo autor: "A retórica é a outra face da dialética; pois ambas se ocupam de questões mais ou menos ligadas ao conhecimento comum e não correspondem a nenhuma ciência em particular. De facto, todas as pessoas de alguma maneira participam de uma e de outra, pois todas elas tentam em certa medida questionar e sustentar um argumento, defender-se ou acusar".

Na realidade, Aristóteles foi o primeiro filósofo que tratou de uma *teoria da argumentação*, no que ele chamou de “tópicos” e “retórica”, firmando um meio termo entre platão e os sofistas; entendia a retórica como uma verdadeira arte dos métodos de persuasão para firmar as várias argumentações. Teve como finalidade auferir uma comunicação focando o saber. A retórica como arte de falar, persuadir, convencer um determinado auditório de que seu ponto de vista tem mais argumentos e embasamento em detrimento do oponente, no âmbito Aristotélico, evolui para a composição de discursos que se atrelavam mais à estética e beleza do que propriamente à argumentação exaltada pelos sofistas.

Todavia, é importante ressaltar que Aristóteles (2003) nunca entendeu a retórica como uma ciência mas como a arte da comunicação sem desdobraimento emotivos e acalorados. Tal fato agradou aos filósofos da contemporaneidade, dando uma certa lógica ao discurso político e do judiciário, primando assim para um âmbito comunicativo da linguagem. Aristóteles asseverava que, a função da retórica não era a de “somente persuadir, mas ver o que cada caso comporta de persuasivo”. A retórica torna-se indispensável no contexto do mundo atual, cheio de incertezas e ideologias conflituosas.

O Autor cita também Cícero, grande orador de Roma do século I, e com propriedade. Percebe-se que a retórica assume grande expressão no período helenístico; O grande Orador, sistematizou acerca da retórica em duas obras: *De Oratore* e *Orator*. Foi justamente nestas duas obras que começou a considerar-se a retórica numa verdadeira ciência que exige vasta cultura além da arte de falar, provar, convencer e comover. O viés argumentativo da retórica ganhou força na Idade Média com os clérigos; basta lembrar dos famosos sermões de Padre Antônio Vieira, pelo que, a argumentação aloca - se como central na questão da educação. Com o passar do tempo, a retórica com sua linha de argumentatividade perdeu força. O próprio René Descartes coloca em cheque os argumentos ditos “verossímeis” em face do primado das evidências. Já no século XX, e o que vemos no texto, a retórica ressuscita em face da generalidade das teses relativistas e descrédito em ideologias; neste sentido, todas as

filosofias são opiniões plausíveis e que devem ser demonstradas e tudo está aberto a revisões periódicas. (MEYER, 1997, 70).

Entretanto, convém enfatizar que muitas são as críticas no que pertine à visão de Viehweg (1979, p. 17), na Alemanha de 1953, sobre a tópica jurídica, não sendo, de maneira alguma, a problemática “técnica de pensar por problemas, desenvolvida pela retórica” algo pacífico. Tal visão chegou a inúmeros países, incluindo o Brasil, ocasionando mais questionamentos do que propriamente respostas.

Destarte, a finalidade da utilização da tópica mediante a retórica, é, para o autor, tentar transformar a jurisprudência numa Ciência do Direito pela dedução e se isso não tiver aceitação, a jurisprudência ainda assim seria objeto da Ciência do Direito, caso entendida como “procedimento de discussão dos problemas”; mas para entender dessa maneira, ter-se-ia que ter em mente a tópica, única capaz de efetivar tal intento.

Em resumo, Viehweg (1979) defende que a jurisprudência na antiguidade romana bem como, Idade Média é eminentemente “tópica”. Assim, o Jurista Romano propunha um problema e então pesquisava os argumentos, ficando as decisões que solucionariam as lides a cargo das regras, ou tópicos, que eram legitimados quando utilizados pelos homens de prestígio em Roma. A retórica era, na idade Média, estudada anteriormente ao direito pelos juristas, onde o ensino do Direito fundava-se nas discussões de problemas. (ATIENZA, 2006, p. 50-55).

No entender de Viehweg, esses procedimentos seriam muito mais aplicáveis ao Direito do que um sistema de axiomas. Daí o propósito dos estudos de Viehweg, qual seja, o resgate desses procedimentos, tomando como embasamento os pensamentos de Aristóteles, Cícero e Vico. Um dos problemas para entender a proposta de Viehweg é que ele não define precisamente os elementos fundamentais de seu trabalho, como: o que é a “tópica” e os “tópicos”.

Atienza (2006, p. 52) critica severamente Viehweg, aduzindo que: “praticamente todas as noções básicas da tópica são extremamente imprecisas e, inclusive, equívocas”. Em seus apontamentos, a tópica de Viehweg possui três aspectos distintos: 1) uma técnica de busca de premissas; 2) uma teoria sobre a natureza das premissas; 3) uma teoria sobre o uso dessas premissas na fundamentação jurídica. Ademais, destaca que o conceito de “tópico”, do grego *topos*, tem uma imprecisão histórica mesmo considerando os escritos de Aristóteles e Cícero, que Vico usa como base de seus estudos e Viehweg corrobora, uma vez que o termo *topos* é usado em vários sentidos tais como “argumento”, “ponto de referência para adquirir

argumentos”, “enunciados de conteúdos” e também “formas argumentativas”. (ATIENZA, 2006, p. 53).

Acerca dos tópicos jurídicos, Atienza concorda com a conclusão de García Amado, na qual os tópicos são pontos de vista diretivos, pontos de vista referidos ao caso, regras diretivas, lugares-comuns, argumentos materiais, enunciados empíricos, conceitos, meios de persuasão, critérios que gozam de consenso, fórmulas heurísticas, instruções para a invenção, formas argumentativas etc. E como tópicos, citam-se adágios, conceitos, recursos metodológicos, princípios de Direito, valores, regras da razão prática, *standards*, critérios de justiça, normas legais etc. (GARCÍA AMADO apud ATIENZA, 2006, p. 53).

Larenz (1989, p. 172) também diz que não se sabe o que Viehweg entende por tópico jurídico: Como se trata manifestamente de coisas diversas, não se consegue depreender com exatidão o que é que Viehweg entende por tópico jurídico. Aparentemente, considera como “tópico” toda e qualquer ideia ou ponto de vista que possa desempenhar algum papel nas análises jurídicas, sejam estas de que espécie forem. Perante a possibilidade de empregos tão variados, não é de surpreender que cada um dos autores que usam o termo “tópico”, hoje caído em moda, lhe associe uma representação pessoal, o que tem de ser levado em conta na apreciação das opiniões expendidas.

Sendo assim, a discussão de problemas ainda é um dos fatores que propiciam a construção da ciência do direito. A obra de Viehweg parte da retórica para tal fim, com argumentações, mas sob a perspectiva de Aristóteles e Cícero, explanadas por Viehweg, que implementam procedimentos para alcançar tal desiderato.

3 PARQUEANDO A TÓPICA ARISTOTÉLICA E A TÓPICA CICERONIANA.

Viehweg traça uma abordagem mais criteriosa da Tópica Aristotélica e da Tópica Ciceroniana, estabelecendo suas origens, convergências e divergências principais, bem como firmando a importância de ambas para a Práxis. Em Aristóteles, destaca-se o 5º. Livro de seus tratados (“Órganon” ou “Instrumento”) cuja abordagem refere-se a um “instrumento do raciocínio”, comumente conhecido como “Lógica”. A lógica para os gregos era essencial ferramenta para a busca de qualquer saber.

Viehweg (1979, p. 24) aduz ter Aristóteles ressuscitado uma temática superada pela filosofia grega, que seria a “arte da disputa”, muito empregada e também por vezes criticada nos retóricos e sofistas. Pertencendo a Tópica à dialética, Viehweg extrai de Aristóteles a “sua intenção de aplicar Ciência Lógica, por ele elaborada, à velha arte de argumentar”.

Discípulo de Platão, Aristóteles é tido como um dos grandes filósofos de toda a História da humanidade e também, considerado o “pai do pensamento lógico”, onde a lógica fornece a ferramenta inicial de toda a ciência, revelando como raciocina o Homem. (REALE, 1997, p. 36).

Destarte, Viehweg expõe os tipos de raciocínio afetos ao homem nos termos da obra Aristotélica: O primeiro tipo de raciocínio apresentado é a demonstração, que se inicia com proposições verdadeiras e aborda verdades científicas. Essa temática aristotélica ganha corpo nos Analíticos primeiros e segundos, onde é devidamente explicado o raciocínio (ou silogismo) e que se traduz da seguinte maneira: dadas as premissas, deduz-se uma conclusão.

A segunda tipologia é o raciocínio dialético, e o mais interessante na oportunidade. Segundo Aristóteles (1978): “O raciocínio é “dialético” quando parte de opiniões geralmente aceitas. [...] São opiniões “geralmente aceitas” aquelas que todo mundo admite, ou a maioria das pessoas, ou os filósofos – em outras palavras: todos, ou a maioria, ou os mais notáveis e eminentes.”

Essas opiniões são o que Aristóteles chamava de *endoxa*. Mas não se pode esquecer que estas opiniões não correspondem aos chamados “tópicos”. O ponto diferencial entre a “demonstração” (*apodexis*) e o “raciocínio dialético” encontra-se nas premissas: Na demonstração, perquirem-se que sejam elas verdadeiras, enquanto que no raciocínio dialético, exige-se apenas que sejam verossímeis.

Entretanto, nota-se que a forma é a mesma, o que significa dizer que tanto o raciocínio demonstrativo quanto o dialético, em sendo lógicos, são válidos e portanto, corretos. O contraste entre estes dois tipos de raciocínios torna-se sem qualquer relevância uma vez que há argumentação silogística em ambos. (KNEALE, 1991, p. 36).

Todavia, quando Aristóteles apresenta seu terceiro raciocínio, o “Erístico”, também conhecido por alguns como “contencioso”, que é aquele que se inicia tomando por base opiniões aceitas de uma forma geral ou mesmo “aparentemente”, mas na verdade não estão, nota-se que esse raciocínio, na visão aristotélica é errado. Por isto tal raciocínio também é chamado de “sofístico”, haja vista que a dialética diferencia-se deste por se tratar de opiniões aceitas, já o sofismo demonstra-se falso.

Há também a abordagem dos chamados pseudo-racocínios ou “paralogismo”, que é o falso raciocínio, sendo esta a quarta modalidade de raciocínio e errado também. Aqui, compreende-se que tal silogismo se perpetra em disciplinas específicas, tomando como ponto de partida inicial premissas adequadas àquela disciplina, mas que são falsas.

(ARISTÓTELES, 1978). Essa análise aristotélica de raciocínios certos e errados corroborou para que diversos autores que analisam a obra do filósofo grego, incluindo Viehweg, percebessem que a classificação gravita em torno da “índole das premissas”, se verdadeiras ou falsas.

Aristóteles, após as explicações pertinentes acerca da classificação dos raciocínios, e dentre eles, o dialético, em sua obra fixa os três fins desses conhecimentos: o exercício (*gimnasia*), as disputas casuais e as ciências filosóficas. O primeiro, o “exercício”, implica no desenvolvimento das habilidades de ataque e defesa de argumentos. As “disputas casuais” direcionam-se às discussões e debates sobre opiniões, em geral, acatadas. Já o “objetivo”, este tem por finalidade precípua tentar desestabilizar os argumentos mal elaborados pelo oponente, tomando como ponto inicial convicções que ele mesmo explicitou.

Não é difícil entender posteriormente, a abordagem Ciceroniana feita no contexto por Viehweg, destacando o peculiar interesse sobre a obra de Aristóteles, pelo filósofo Romano e seu amigo *C. Tebratius Testa*. Para os grandes homens de Roma, ávidos por debates e discussões, quaisquer que fossem elas, desde política até as jurídicas, saber raciocinar corretamente e construir argumentos sólidos ao ponto de desbancar as teses de seus adversários era algo que lhes interessava sobremaneira.

Não se pode olvidar que, numa disputa o objetivo é vencer, mas salientando que, tais discussões e disputas devem ser permeadas de regras. O inquiridor e o respondente, ao iniciarem o debate dialético, devem, irrefutavelmente, estabelecerem suas premissas, seus posicionamentos e opiniões acerca da temática acolhida. (SMITH, 1997, p. 20).

A contradição do respondente em relação ao ponto de vista, a proposição que abraçou deve ser percebida pelos que assistem o bom debate e tal é o que quer o inquiridor. Já o respondente, assumirá uma postura inabalável diante das tentativas do inquiridor e, caso fique evidente que sua proposição inicial é absurda, deve deixar claro que o erro se deu na opção pela posição, mas não do seu raciocínio. (ARISTÓTELES, 1978).

Independentemente de quem vença o embate dialético, qualquer dos debatedores podem exigir o cumprimento das regras caso violadas (por ex. linguagem ambígua, perguntas capciosas, etc.) e o silogismo (raciocínio) acompanhará sempre a lógica. (SMITH, 1997, p. 20).

Age de má-fé quem não respeita as regras do debate, pois o próprio Aristóteles (1978) assevera que: Não se deve argumentar com todo o mundo, nem praticar argumentação com o homem da rua, pois há gente com quem toda discussão tem por força que degenerar.

Tais apontamentos, destacados na obra de Aristóteles ressalta a extrema preocupação deste com a questão ética nos debates, até porque, vê-se que o filósofo grego não defende uma dialética descompromissada com a ética; a dialética não pode se valer de meios fraudulentos, ludibriatórios ao oponente do debate, nem é a “arte de vencer a qualquer preço”. Aqui, vem a crítica mais ferrenha de Aristóteles aos “sofistas” e seus “argumentos”, que para o filósofo, por vezes apresentam-se como sábios e legítimos detentores da sabedoria mas que, na realidade carecem desta.

Isto é visível quando rechaça em sua obra homens com argumentos “capciosos.” (ARISTÓTELES, 1978). Para as ciências filosóficas, a utilidade é a possibilidade de identificar a verdade e o erro sobre determinado assunto, através capacidade de avaliação de todas as conjunturas deste. Ademais, é útil para o estudo dos princípios utilizados nas variadas ciências, que, conforme Aristóteles, devem ser debatidos tomando por base opiniões geralmente aceitas e não erradas.

Viehweg então trata da Tópica Ciceroniana, ressaltando a importância e influência de Aristóteles na obra de Cícero. A Tópica ciceroniana termina mais tarde por influenciar a construção da jurisprudência clássica e que contribuiu para o surgimento, posteriormente, dos primeiros códigos do Direito Romano pós-clássicos. Percebe-se a influência ciceroniana na ligação entre a normatividade, a lógica e a legalidade. É interessante fazer esta ponte pois, a Tópica cumpriu um papel importante na construção e solidificação de conceitos jurídicos.

4 A TENTATIVA DE DEFINIÇÃO DO *TOPOI*

Após estabelecer as Tópicas influenciadoras de seu trabalho (aristotélica e ciceroniana), Viehweg (1979) passa então a uma análise da tópica em si. Definição sobre *topoi* ou tentativas de definição surgem bem como, a relação entre tópica e problema, tópica e arte, tópica e sistema e por fim, as premissas, além de uma abordagem dos catálogos de *topoi* firmados por Aristóteles e outros a que ele entendeu pertinentes.

Definir o que seja um tópico (*topoi*) torna-se um desafio a Viehweg. Conforme Aristóteles (1978), os tópicos dão embasamento à qualquer linha de argumentação e respalda a discussão dos mais variados temas. Tanto, que na descrição dos mesmos, aborda desde o livro II a VII tratando acerca dos *Tópicos*. O livro I de Aristóteles ficou a expor as ideias gerais acerca do raciocínio dialético, e o livro VIII as mais peculiares da discussão.

O cerne da questão é em se saber o que é um tópico e de que maneira se conduzirão os argumentos que se constroem com a ajuda de um tópico. Slomkowski, em sua obra *Aristotle's*

Topics, fruto de sua tese de doutorado em Filosofia, na Universidade de Oxford, partindo da lógica aristotélica, pretendeu alcançar seus objetivos no estudo do silogismo. O doutor enfatiza que, o interesse dos pesquisadores pelos Tópicos apenas se tornou visível entre 1900 e 1950, após um longo silêncio temático e que, só em 1950 após uma publicação de Bochenski, em 1951: *Non-analytical Laws and Rules in Aristotle*, a questão da Tópica aristotélica ressurgiu nos debates acadêmicos e no meio filosófico. (SLOMKOWSKI, 1997).

A partir desse período emergem uma série de estudos e trabalhos acerca dos *topoi* e catálogos de *topoi*, mas também ressalta que tais estudos limitaram-se a esta época precisamente, tornando-se raros nos anos que se seguiram. Na análise do autor, a Academia, na abordagem e estudo perscrutador acerca dos tópicos, não os contextualizando, limitando-se à utilização de modernas teorias sobre lógica e argumentação. Por isto, assevera o dizer de Bochenski, de que: “Até agora ninguém conseguiu dizer clara e sucintamente o que eles (os tópicos) são.” (BOCHENSKI, 1970 apud SLOMKOWSKI, 1997, p. 3).

Destarte, sabe-se que definir um tópico é algo extremamente difícil, mesmo para os especializados na filosofia Aristotélica. Percebe-se que Viehweg (1979), embora tenha tentado, não conseguiu chegar a uma definição de um tópico, mas, passou ao menos noções do que seriam os *topoi*, o que, em sua leitura, consegue-se ter uma ideia do que eles são, mesmo que nublada.

Neste contexto, convém iniciar estabelecendo o significado, no grego, da palavra “topos”, que significa “lugar”; é sabido que na Grécia antiga, tal palavra referia-se a um determinado método de memorização, onde se procedia a uma associação de itens de uma lista que porventura se queria memorizar a umas casas de alguma rua. Dessa maneira, cada item na memória de algum argumentador, estaria “localizado” em alguma casa, levando ao debatedor a não se esquecer de lançar mão do item quando do acalorado debate temático.

Kneale (1991) destaca que a palavra *topos* de origem grega, significa “lugar”, posteriormente assimilou o significado de “lugar-comum”, no sentido de um tema recorrente num discurso. O filósofo extrai tal sentido do termo da Retórica de Aristóteles, que assim aduz:

Os silogismos dialéticos e retóricos tratam daquelas coisas às quais nos referimos como sendo os *topoi*. Estes são comuns aos problemas que tratam do comportamento correcto, a problemas físicos e políticos e a muitos outros que diferem em gênero, entre si, como por exemplo o *topos* do mais e do menos. (ARISTÓTELES, 1978 apud KNEALE, 1991, p. 36).

Estas observações dão a entender que *topos* seriam qualquer coisa que pode ser utilizada como argumento num debate. Kneale (1991, p. 36)), além de ratificar tal

pensamento, assevera que Aristóteles torna-se mais compreensível no que concerne aos catálogos de tópicos quando utiliza-se de exemplos.

Viehweg (1979, p. 23) aborda algo interessante, citando *E.R.Curtis* que destacou a importância dos *topoi* na *literatura* da Idade Média, na pretensão de construir uma tópica histórica. Sabe-se que existem inúmeras tentativas de explicação e denominação dos *topoi* na literatura. A finalidade dos *Tópicos* na literatura é em sua maioria direcionada ao debate. A palavra “dialética”, do verbo *dialegesthai*, significa discutir. Kneale (1991, p. 23) aduz que: “os *Tópicos* é declaradamente um manual para guiar aqueles que tomam parte em competições públicas de dialética ou de discussão”. Fato é que, Viehweg (1979, p. 38) destaca a importância de utilização dos *topoi*, uma vez que “propocionam um modo de entender a vida ou a arte, senão que até ajudam a construí-lo.”

Constata-se a utilização dos *topoi* em quase todas as áreas das Ciências, mesmo a discussão de suas relações com a matemática; todavia, no objetivo de Viehweg, é a análise da tópica jurídica que vai, ao final de sua obra, interessar na construção da Ciência do Direito.

Quanto aos *problemas*, Viehweg expõe que, com base em Aristóteles, estes podem ser tanto universais como específicos (ou particulares). No conceber de Aristóteles (1978, p. 5), “problemas universais são, por exemplo: ‘todo prazer é bom’ e ‘nenhum prazer é bom’; e problemas particulares: ‘alguns prazeres são bons’ e ‘alguns prazeres não são bons’.” Destarte, os métodos para firmar e derrubar uma opinião são comuns às espécies de problemas, sejam gerais ou específicos, uma vez que, quando se demonstra que um predicado é aplicável a todos os casos de um sujeito, estar-se demonstrando concomitantemente que também se aplica a alguns casos.

Constata-se que Aristóteles esforçou-se em buscar um método que tivesse a capacidade de possibilitar o silogismo sobre os problemas partindo de opiniões geralmente aceitas. Os *topoi* só tem sentido a partir dos problemas, segundo Viehweg (1979, p. 38). Por isto o autor enfatiza que os *topoi* devem ser entendidos de um “modo funcional, como possibilidade de orientação e como fios condutores do pensamento.”

A alusão à importância dos *topoi* e catálogos de *topoi* na aferição e construção de um entendimento comum é destacada, sendo vistos como auxílio neste empreendimento, mas, o próprio autor destaca que o domínio do problema exige uma flexibilidade e capacidade de alargamento. (VIEHWEG, 1979, p. 41).

A noção de sistema nasce em Viehweg quando este aborda a legitimação e prova de uma premissa, sua fundamentação e demonstração. É neste viés que o autor destaca a

precípua exigência de um sistema dedutivo, pois exige que a proposição utilizada como premissa possa ser reduzida a outra, revelando o chamado “methodus critica” de Vico, mas deixa claro que a tópica “pressupõe que um sistema semelhante não existe. A sua permanente vinculação ao problema tem de manter a redução e dedução em limites modestos”. (VIEHWEG, 1979, p. 43).

Neste contexto sugerem-se algumas considerações do acima referido por Viehweg. A tópica, não obstante, deve ser compreendida imersa numa visão propriamente tópica, não devendo ser entendida abstendo-se da aceitação da sua inclusão numa ordenação de círculos problemáticos, haja vista não servir à comprovação lógica das proposições do sistema (deduções), todavia, tem por fim a orientação do problema levando em conta as proposições lógicas do sistema. A tópica, assim, mostra-se incompatível com a elaboração de uma ciência mediante um sistema dedutivo-sistemático, uma vez que, em sendo um sistema de proposições em si mesmo considerado deve ser entendido por si, através do desenvolvimento lógico de suas proposições principais, que não podem ser modificadas no caso da situação problemática se alterar, até porque, o sistema é independente do problema.

Alflen da Silva, em artigo intitulado *Sobre a Orientação Tópico-Hermenêutica em Th. Viehweg* (s/d), ressalta a contento tal posição quando revela que:

[...] em primeiro lugar que a problemática da tópica e do primado dos problemas direciona casos perante a norma e o sistema. Em segundo lugar, que a Jurisprudência - tese fundamental de Th. Viehweg - só pode satisfazer seu peculiar propósito se proceder não dedutivo-sistematicamente, porém, topicamente. Concretamente, Th. Viehweg distingue dois graus de tópica. De acordo com o primeiro, deve-se proceder por intermédio de uma seleção arbitrária de uma série de pontos de vista mais ou menos ocasionais para buscar, a partir destes, uma orientação por meio de determinados pontos de vista, i.e., uma orientação por meio de sobpostas premissas objetivamente adequadas e fecundas, a fim de levar a consequências iluminadas.

Pode-se entender, partindo dessas considerações, que a produção dos catálogos dos tópicos possui dois momentos: o primeiro denominado de *tópica de primeiro grau* e, não sendo a contento, parte-se para os *repertórios de pontos de vista* previamente dispostos e que serão coadunados aos problemas determinados. O procedimento em que os catálogos de *topoi* são usados é denominado de *tópica de segundo grau*, cuja base sustentatória é a “conversão da projeção aristotélica de um catálogo de tópicos para os problemas pensáveis por Cícero e seus sucessores, como meio auxiliar do pensar o problema do modo mais prático possível, com o que se produziu uma trivialização”. (ALFLEN DA SILVA, s/d).

Viehweg (1979) aborda também, sobre a questão da *função dos topoi*. Aqui emerge um ponto interessante posto que, além de se considerar os tópicos universais referidos por

Aristóteles, Cícero e sucessores, destacam-se na temática os tópicos que são aplicáveis a específicos ramos do saber, os *loci communi*. Estes servem de fundamento para catálogos especializados de *topoi* e tem por finalidade precípua uma praticidade no silogismo do problema mediante uma orientação tópica. É neste sentido que se implementa a função dos tópicos, que deverão ser compreendidos sob uma visão de funcionabilidade a qual Viehweg destaca; são nada mais, nada menos que possibilidades de orientação e “fios condutores do pensamento” para o autor, onde o problema dá sentido ao pensamento.

Aristóteles determina os *topoi* como opiniões utilizáveis e aceitáveis universalmente e que se empregam em favor e contra ao aplicável, aparentando direcionar para a verdade, todavia, Viehweg não consegue estabelecer uma definição no sentido de determinar se os *topoi* se mostram como conceitos ou como proposições, pelo que desemboca em mera discussão formulativa se se considera o aspecto (in) transcendente.

Fato é que, dentro destas discussões, verifica-se que o método tópico desenvolve um papel pré-lógico de orientação da identificação de premissas sobpostas por proposições lógicas inseridas no sistema, até porque, “a *inventio* é primária e a *conclusio* secundária”. (ALFLEN DA SILVA, s/d).

Assim, enquanto a índole das deduções é influenciada pelo método tópico tendo por passo inicial as proposições lógicas; por outro lado, a índole das conclusões mostra a maneira de se buscarem premissas. A criação de catálogos de *topoi* gera posteriormente, no desenvolvimento do pensamento, liame lógico, tal se opõe à forma de pensar o problema, vez que este não se atrela à vinculações, todavia, exige-se flexibilidade e capacidade, conforme verificou-se, de abertura ao catálogo de tópicos que estão sob os auspícios do problema.

Aqui se constata que o método tópico vem prestar um auxílio na interpretação, haja vista que o processo interpretativo faz abrir um horizonte de possibilidades de entendimento sem que para tal se perquiria desrespeito a possibilidades outrora concebidas.

Por fim, tendo como fundamento o pensamento de Nicolai Hartman, Viehweg (1979) defende a existência de dois modos de pensar, quais sejam, o aporético e o sistemático. Este último parte do todo, não tendo o que se perquirir a busca de um ponto de vista posto que este se encontra desde os primórdios e dele escolhem-se os problemas. Os conteúdos dos problemas que não sejam harmônicos com o ponto de vista são descartados. Canaris assevera, contudo, que Viehweg apreende erroneamente o pensamento de Hartman (1989). A identificação da tópica com o pensamento aporético feita por Viehweg não logrou uma definição satisfatória da tópica, uma vez que as Ciências ditas como não-tópicas, são também

aporéticas para Hartman, visto que a rejeição de problemas não suscetíveis de ordenação no sistema deve ser considerada seja qual for a disciplina e atentatória à qualquer ciência.

5 A TÓPICA E SUA RELAÇÃO COM O DIREITO CIVIL, A JURISPRUDÊNCIA E A POSITIVAÇÃO DO DIREITO

Ao tratar da *Tópica* e do *Ius Civile*, Viehweg remete ao entendimento dos romanos e mais precisamente, à tópica ciceroniana. A relação da tópica com a Jurisprudência, a noção de *techne* e *epistema*, a questão da positivação do direito bem como, a utilização dos brocados romanos jurídicos como integrantes dos catálogos de *topoi*, são alguns dos temas que são debatidos, terminando por analisar a dialética de Aristóteles frente a dos estóicos e onde os romanos se enquadrariam neste contexto.

Viehweg (1979) implementa estreita ligação entre os métodos romanos de aplicação do direito e sua tópica resgatada, extremamente familiar aos romanos. Tenta demonstrar a identificação da *ars* romana clássica com o método tópico, terminando por viabilizar um paradoxo com a aplicação da norma jurídica.

Nota-se que, uma das características da jurisprudência romana, era sua vinculação ao casuísmo, sempre numa perspectiva de equidade, justiça e utilidade. As decisões sempre deveriam se adaptar à vida social, daí exaltarem os romanos o real e o prático. Os romanos eram práticos e realistas em suas decisões. Conforme aduz Castro (1999, p. 126): “Os juristas romanos deduziram uma ‘ciência’ e uma técnica jurídica universal, na arte das decisões concretas inspiradas nas necessidades da vida. O poder de criação dos juristas faz da *ars* uma técnica de ‘elaboração e criação”.

É perceptível quando da abordagem de Viehweg (1979), como os romanos eram práticos e tal praticidade obstacularizava o uso de divisões e subdivisões não práticas e inservíveis. As análises tem a função de criação e estruturação dos princípios do direito. A tópica ciceroniana observa em seu bojo nexos problemáticos e sistemáticos, tais como: tópicos técnicos e atécnicos, conexões linguísticas, gênero, espécies, definições etc.; como nexos problemáticos mas não sistemáticos, tais como: conceitos – guias, tópicos ligados a regras etc. Os romanos para seu intento, utilizaram-se da filosofia grega, dela não se apartando, principalmente no que se refere à retórica e à gramática.

A questão dos estóicos se perfaz no sentido de que, as sentenças romanas eram influenciados por eles de forma benéfica, mas não se pode olvidar que Cícero teve um papel fundamental na eficácia da reelaboração desse pensamento. Mesmo no período clássico

romano, havia essa relação entre os conceitos jurídicos e a realidade social, até mesmo quando da aplicação da justiça pelos Magistrados Romanos, tais como pretores e juízes populares. Ferraz Júnior (1997, p. 23) assim discorre:

Na tradição da cultura ocidental, desde a antiguidade, observa-se, nas discussões sobre a justiça, uma disposição em reconhecer-se que os conteúdos justos são difíceis de ser determinados, provocando o desalento dos relativismos e o desencontro das disputas infundáveis, Assim, Por exemplo, Aristóteles, embora acreditasse na possibilidade de esclarecer o que era a justiça, não negava a grande dificuldade que sentia em determinar, a partir das premissas gerais, o justo concreto.

Pode-se chegar a algumas considerações acerca deste fato. Primeiro, percebe-se que com os estudos dos juristas romanos emerge uma técnica de aplicação, conceitos, casos - guia, precedentes etc, como explanou Viehweg (1979), tornando-se possível e até salutar, uma aproximação da realidade social, sua vivência, com a construção dos conceitos e persecução de decisões consideradas justas; mas, a Tópica grega, mais precisamente o método aristotélico, teve papel fundamental neste processo, influenciando também historicamente. O enunciado da lei para os romanos, não pode ser considerado apenas sob o pálido aspecto linguístico, que no contexto lhe serve de auxílio, mas, acima de tudo, deve-se entender que não coincide com o conceito de justiça.

A dialética ciceroniana faz uso da Tópica que se apresenta subordinada à ciência (*ars*), e tem como proposta extrair os princípios que estão em conformidade, não com opiniões verdadeiras, mas sim, com opiniões provenientes da natureza das coisas. Essa é a ideia que surgirá na concepção de jurisprudência de Ulpiano, abordada por Viehweg. Mas deve-se tomar cuidado, pois a definição do direito civil como arte, em Cícero, não é retórica, mas sim aristotélica e com aptidão de construir uma *ars* direcionada ao estabelecimento dos princípios da ciência, ou seja, que serão aplicados na construção da Ciência do Direito.

Destarte, percebe-se que o trabalho filosófico de Cícero desenrola-se no sentido de produção de uma *ars* na linha dos *topoi* aristotélicos. O Código Civil Francês de 1804 e o primeiro Código Português de 1549, recepcionaram de forma bastante clara, as soluções da jurisprudência do Direito Romano Clássico, principalmente em seu Direito Privado. (CASTRO, 1999, p. 132).

Por causa disto, o desenvolvimento de Institutos de Direito Romano, mediante a Jurisprudência Clássica, com extrema influência da Tópica ciceroniana e da Tópica Aristotélica, consolidara-se com o emergir dos Códigos no Direito Romano Pós - Clássico, de natureza imperial e autoritária, projetando-se em resoluções da norma em claustro, sobressaindo-se no contexto a legalidade que garante um liame normativo e lógico entre o

abstrato e o concreto, geral e individual, sendo assim, a legalidade, rocha e fundamento da Ordem Jurídica coerente. Destarte, constata-se que a *Tópica*, antes das codificações, foi de extrema importância na construção dos conceitos jurídicos, consolidando-os.

Chama a atenção neste sentido, a ênfase na questão da correlação entre os conceitos jurídicos e a realidade social. Isto é extremamente salutar posto que, tal preocupação nos romanos, em construir uma Ciência do Direito vinculada à realidade social, demonstra que os romanos, além de sua praticidade na resolução dos casos, primavam também a noção de que o direito não pode ser construído sem estar inserido na sociedade. Destarte, não é possível se construir uma Ciência do Direito sem partir da realidade social imperante em determinada época e local.

Os romanos sabiam disso e eram exímios em sua prática, construir seus conceitos jurídicos e produzir ciência. É certo que para isto, valeram-se do método tópico e adequaram-no aos seus anseios de solução de problemas e desenvolvimento de seu Direito. Como dito em momento anterior, uma das características da jurisprudência romana, era sua vinculação ao casuísmo, sempre numa perspectiva de equidade, justiça e utilidade.

6 A TÓPICA MEDIEVAL E A INFLUÊNCIA DA TEOLOGIA

Viehweg (1979) tem a sensibilidade e a preocupação na abordagem da *Tópica* e o *mos italicus*, cujo representante mais proeminente foi *Bartole de Sassoferrato* (†1357), que dominou sem nenhum ataque até o século XVI e se manteve depois sob violentos ataques até o século XVIII.; Viehweg analisa a *Tópica* na Idade Média, sob a influência da teologia, destacando, neste período, o liame entre a retórica e a jurisprudência.

A retórica ou a arte da boa argumentação torna-se substancial na educação Greco – romana e durante a Idade Média. Para se ter uma ideia de sua força, mesmo com o surgimento do pensamento racionalista no século XVI, baseado no ideal de ciência experimental e busca de verdades universais, ela permaneceu operante. No panorama dos então Estados absolutistas e disputas religiosas, a oratória e argumentação retórica caminharam juntas e foram amplamente utilizadas na confecção dos discursos de cunho ideológicos e políticos.

Tem-se como exemplo interessante do uso da retórica, Thomas Hobbes (2003), em seu *Leviatã*, conferindo força persuasiva à sua defesa da gênese contratual e poder absoluto do soberano. Ademais, até o século XIX a retórica encontra-se nos currículos escolares, todavia, duas correntes fortíssimas de pensamento, quais sejam, o romantismo e o positivismo científico, terminam por bombardeá-la. Percebe-se que Viehweg é muito superficial no

aspecto histórico dessa corrente que permeou a Idade Média, apenas tratando de sua origem na página 59 de sua obra, partindo logo depois para a análise da tópica, o que deixou de abordar alguns aspectos interessantes do pensamento da época e que permitiria entender o contexto da tópica neste período.

A escola dos comentadores e dos “glosadores” é entendida por muitos como um dos pilares da ciência do Direito, haja vista tentar compreendê-lo mediante o método da dialética escolástica, que deu respaldo aos estudiosos para a elaboração de textos e teses que fossem capazes de adentrar no sentido da *littera* dos textos em análise e na produção de comentários que potencializavam os conhecimentos e criação dos Institutos Jurídicos inovadores na época, como por exemplo, o direito aplicado aos estrangeiros. Distinguiu o estatuto real do pessoal, base do direito internacional privado. (1995, p. 347).

A Idade Média destacou-se pelas ricas manifestações culturais e tal refletiu-se na pluralidade de fontes do Direito. A *Escola dos Glosadores* teve o papel de filtrar as diversas formas jurídicas de manifestação, não permitindo que algumas fossem recebidas pela tradição universitária. Entretanto, com os *Comentadores*, a realidade própria de cada região foi considerada na elaboração de seus comentários jurídicos. No meio universitário, os professores passavam seu tempo com os alunos em inúmeras discussões e leituras dos textos romanos, perfazendo comentários, haja vista a complexidade e a característica minuciosa dos estudos na época.

O *mos italicus* era justamente o método utilizado pelos comentadores da época, até seu fim, com o humanismo emergente. O cerne da questão é que, tal método, foi extremamente influenciado pela doutrina *aristotélica-tomista* que defendia uma dialética impulsionadora de verdades baseadas em argumentos de autoridade. Por isto Viehweg (1979) trata da autoridade e legitimação dos *topoi* nesta fase.

Estes argumentos da *mos italicus* foram objeto de duras críticas dos juristas do *mos gallicus*, escola de oposição que, quando do esgotamento do método comentador, tomaram por base a maneira como os juristas achavam a “verdade”: o meio autoritário firmado pela dialética escolástica.

Os *Bartolistas* ou *pós – glosadores* emergem justamente do ocaso do método da glosa face ao seu exaurimento. O âmbito do *Corpus Iuris Civilis* quedou-se insuficiente para abraçar a realidade que surgia ante as novas exigências sócio-políticas e econômicas e mesmo ao Direito. Surge então uma nova metodologia com os “pós-glosadores”. (COSTA, 1996, p. 236-237).

As glosas foram substituídas por comentários mais aguçados e baseados numa dialética escolástica que se tornou fundamento de sustentabilidade da doutrina construída pelos juristas da época e suas análises. Os comentadores surgiram então, três séculos após os glosadores, fim século XIII e início do XIV na França, na escola de *Orléans* (para clérigos, sendo os professores da igreja católica), com *Jacques de Revigny* e *Pierre de Belleperche*. Todavia, foi na Itália que os juristas se tornaram notórios por suas formas de estudar, *in casu*, a *mos italicus* (atividade de estudo pragmática), tendo os textos romanos ganhado *auctoritas*. Autoridade que foi até os humanistas e influenciou as Ordenações Portuguesas. (COSTA, 1996, p. 273-284 e 288-292).

A Europa toda fora influenciada pelo *mos italicus* que trazia um panorama novo ao Direito tanto na teoria como na prática, permeados pela dialética escolástica. Não se pode negar sua grande influência no Ocidente, mas também o fato de que a Ciência Jurídica, neste período, foi a altos patamares antes impensáveis.

Os *Comentadores* tiveram a missão de harmonização do Direito Romano com o Estatutário das cidades italianas e ainda, neste contexto, inseria-se também o Direito Canônico. (CRUZ, 1984, p. 98).

O raciocínio lógico dialético com o uso de textos Aristotélicos na Idade Média e o emprego dos *topoi* fizeram com que esta Escola denomina-se “Comentadores”, tendo como missão suprir as dificuldades de adequar a teoria e a prática, tentando coadunar estes dois âmbitos para atender às necessidades. Costumes, Estatutos, normas feudais dentre outras, foram normas jurídicas assimiladas neste período no panorama jurídico, além do reconhecimento dos estatutos locais face aos globais. Guilherme Camargo Massaú (s/d) analisa esta fase da seguinte forma:

Os Comentadores visavam a uma relação harmoniosa entre a realidade e o Direito, entre a prática e a teoria com o objetivo de buscar um conhecer através da interpretação. Os objetivos medievais se distinguem dos atuais, objetivava-se realizar o justo; ora, em torno disso, girava a interpretação no sentido (acima exposto) de atualização dos textos romanos. A dinâmica que consistia na adaptação textual insere a inversão de método, pois o sentido antepõe-se à letra do texto, e conduz ao conhecimento de uma razão contida na lei. A *littera* não pertence mais ao fim a perseguir-se, mas, converte-se, somente, em meio instrumentalizado, para alcançar a finalidade perseguida.

O trabalho dos juristas emerge pelas suas interpretações, uma vez que teriam sempre que ultrapassar o texto da lei, que deve se imbuir de um significado, entendimento, compreensão, muitas vezes inserindo-se neste contexto elementos de Direito Natural, chegando estes juristas, em sua liberdade, estenderem o significado da lei (*extensio legis*) com

similitudes lógicas (*similitudo*-analogia), alargando a atividade interpretativa a vieses variados. Por esta razão, Viehweg (1979, p. 68) destaca que “Cada problema tem de ser considerado como uma articulação do problema básico da justiça, para que toda a problemática não seja algo sem sentido”.

Dessa escola emergem algumas literaturas interessantes: *Comentarium*, *Tractatus* e *Consilia*. O *Comentarium* tem como respaldo as interpretações e doutrinas associadas com o texto legal motivado, extraindo a razão da lei. O *Tractatus* visa o estudo mais aprofundado de um determinado instituto ou assunto específico do Direito. A *Consilia* tem a característica de conselhos, opiniões emitidas pelos juristas quando consultados por magistrados ou partes. Em face desta produção literária da Escola de Comentadores, tornou-se difícil aferir a “Verdade do Direito”. Certamente esta foi uma das principais críticas formuladas contra esta escola e foi em virtude deste aspecto que procurou-se a solução no que eles chamaram de *Opinium Communis Doctorum*. (MASSAÚ, s/d).

A *Opinium Communis Doctorum* tem sua gênese na abundante produção doutrinária oriunda da *mos italicus*, bem como, de seu processo lógico-dialético da escolástica. (MASSAÚ apud LOMBARDI, 1967, p.123).

Na realidade, os juristas medievais nesta “busca pela verdade” terminaram por encontrar na vasta literatura proveniente dos comentadores, uma “opinião comum” face ao significado dos textos dos romanos, que muitas vezes, encontravam-se mesmo defasados face à época. Destarte, o “consenso doutoral” no que se refere às mais variadas opiniões acerca do Direito trouxe uma certeza do entendimento, uma “verdade presumida” do Direito. Dessa maneira, não se descartava a visão de autoridade, posto que a opinião comum vinha de doutores, juristas renomados, e por outro lado, tal dinâmica trazia a carga de legitimidade e validade necessárias perquiridas na Idade Média, onde o método escolástico prevalecia.

Ocorre que essa corrente exauriu-se quando da repetição dos *comentários sobre comentários* e isto, irrefutavelmente, levou a infundáveis remissões aos autores, como num movimento doutrinário cíclico onde pouco de produziu doutrinariamente de novo. Há, após, a superação do método escolástico dando vazão à razão humana como guia do pensamento jurídico contemporâneo, seguindo da necessidade de uma legislação e afastamento dos comentadores.

Em resumo, a Escola dos Comentadores, de igual sorte as correntes de pensamento político, jurídico, filosófico, religioso, artístico, social dentre outros, passaram a ser atacados face à metodologia empregada. A análise acurada dos textos jurídicos oriundos dos grandes juristas e doutrinadores, exaltando a autoridade dos Doutores, implementaram uma visão

pouco produtiva de novas doutrinas, como dito. É neste contexto que surgem os humanistas com seu método *mos gallicus*, em contraposição ao *mos italicus*, ensejando a perda da opinião comum dos doutores e o ocaso da metodologia escolástica medieval.

Todavia, é interessante ressaltar que, do ponto de vista da tópica, as “citadas generalizações” aludidas por Viehweg (1979, p. 68), a qual se denomina “generalia” (proposições básicas de um sistema), quando vistas sob a ótica do problema, tem apenas a função de *topoi*, vistas como “meios auxiliares, que os experimentados juristas e professores medievais tratam com uma despreocupação que chama a atenção”.

Destarte, os *topoi* nesta época e, por tudo o que foi explanado acerca da escolástica da Idade Média, apenas se legitimam sendo reconhecidos mediante o argumento da autoridade, merecendo a partir daí consideração pelos alunos e professores. Restou claro que a Escola de Comentadores firmou-se como um marco importante na História do Direito e seu conhecimento. Neste contexto, alguns preceitos e institutos permanecem no mundo contemporâneo e, muitas vezes, fundamentando os atuais.

7 A TÓPICA SOB O CONTROLE ARITMÉTRICO

Sob o título *Tópica e ars combinatoria*, Viehweg (1979) destaca o trabalho de Leibniz³³, que estudou Direito conforme o *mos italicus*, sob a justificativa de "concordar o tradicional estilo de pensamento da Idade Média com o espírito matemático do século XVII". Como visto, a pretensão é de que a *tópica* possa ser "colocada sob controle aritmético", procurando estabelecer "a relação do todo com a parte no centro do pensamento". Este pensamento reporta-se à antiguidade, divulgada como *topos* na formação retórica de Cícero e se propagando, posteriormente com grande repercussão, com Hegel.

Leibniz era considerado um pensador avançado para sua época, ante sua visão da existência de uma característica universal inerente à matemática e à lógica. Todavia, convém enfatizar que Viehweg remete a Leibniz exatamente por tentar vincular o entendimento da Ciência Jurídica com a noção de “sistema” devidamente articulado.

A ideia de Sistema Jurídico surge na filosofia política e na teoria jurídica no século XVIII. Jeremy Bentham, em 1782, em sua obra *Introduction to the principles of morals e of*

³³“Gottfried Wilhelm Leibniz (1646-1716), filósofo e matemático alemão, autor de um complexo sistema metafísico conhecido como monadologia. Foi o primeiro a perceber que a anatomia da lógica - ‘as leis do pensamento’ - é assunto de análise combinatória. Em 1666 escreveu De Arte Combinatória, no qual formulou um modelo que é o precursor teórico de computação moderna: todo raciocínio, toda descoberta, verbal ou não, é redutível a uma combinação ordenada de elementos tais como números, palavras, sons ou cores”. Disponível em: < http://pt.wikipedia.org/wiki/Gottfried_Wilhelm_Leibniz>. Acesso em 09 de set.2015.

laws in general, ressaltou pela primeira vez a expressão “Sistema Jurídico”, mas, Viehweg aponta Leibniz (1992), em sua obra *Dissertatio de arte combinatoria* (1667), como o primeiro a compreender o Direito como um “Sistema Articulado”, e isto se pode extrair do trecho em que atesta:

A *ars combinatoria* mostra com especial clareza o esforço de seu autor para fazer concordar o tradicional estilo de pensamento da Idade Média com o espírito matemático do século XVII. O jovem *Leibniz* não diz claramente que para conseguir uma prova, no sentido antes indicado, seja necessário desterrar a tópica em favor do sistema, mas admite que a herdada *ars inveniendi*, como tal, quer dizer, sem eliminar em absoluto sua estrutura fundamental, pode ser colocada sob controle aritmético. É necessário, em sua opinião conceber a *ars inveniendi* como *ars combinatoria*. Isto é, Leibniz pretende matematizar a tópica. (VIEHWEG, 1979, p. 71-72).

Destarte, não compete apenas a Viehweg exaltar o mérito de Leibniz; Guido Fassò (1978) também lhe dá méritos quando destaca que a *Nova methodus* leva o Direito a ser entendido como uma “unidade sistemática”, através de uma ordenação da matéria jurídica que conduza a princípios simples dos quais se extraem as leis não subordinadas a exceções. Tal matéria seria sempre o direito romano imperante na Alemanha como Direito comum, reordenável conforme um método novo, conferindo-lhe a unidade e racionalidade que o sistema Justiniano não lhe deu. Destaca ainda que em sua totalidade, a proposta de sistema de Leibniz conduz ao solucionamento de todas as questões, utilizando-se de argumentações precisas expressas com linguagem rigorosa e de acordo com o método do procedimento lógico matemático.

Nesse contexto é interessante abordar Christian Wolff no que se refere ao sistema lógico. Wiacker (1993) destaca-o defendendo que o sistema lógico de Wolff, por ser coerente, legou as bases dos vários códigos jus-racionalistas e, por meio de seus discípulos juristas e pandectistas, o Código Civil Alemão e codificações irmãs a este, além de estabelecer, também com o manual Wolffiniano, o programa de dedução lógica da decisão jurídica, tomando como ponto principal princípios superiores e conceitos gerais de valor construtivo fixado previamente, e que se manteve na Ciência Jurídica. O conceito que reconduz aos últimos princípios superiores, conforme regras dedutivas do sistema, configura-se o último fundamento científico da decisão. Wiacker ressalta que Wolff é o pai da chamada “jurisprudência dos conceitos ou construtiva” do século XIX, de Puchta a Windcheid e que, mesmo com crises metodológicas, atualmente ainda persiste seu valor, mesmo limitado.

Entretanto, é importante ressaltar que muitos juristas, tais como o citado Fassò (1978), critica Wolff bem como, pelo esquecimento de Leibniz, aduzindo que o pensamento de Wolff

carece de originalidade por ser uma sistematização minuciosa e fria da metafísica de Leibniz e nada mais.

Puchta é considerado o mais célebre representante da escola alemã do século XIX que estruturou a Ciência Jurídica dentro de um sistema lógico modelando-o em uma pirâmide de conceitos, segundo Larenz (1989). Além dele, sobressaem-se Savigny e Ihering; este último, posteriormente, torna-se crítico do sistema formal, abarcando o pragmatismo jurisprudencial que originou a chamada “Jurisprudência dos Interesses” de Philipp Heck, mais aberta aos axiomas sociais e finalidades do Direito.

Acerca da Jurisprudência dos Interesses, Luhman (1983, p. 15) aduz que esta não se opôs à visão de sistema de conceitos apenas por querer implementar uma jurisprudência sociológica, não podendo ser mal interpretada em sendo contra à abstração ou à dogmática.

Destaque-se que a Jurisprudência dos Interesses na prática jurídica alemã, com o passar do tempo, veio a revolucionar a aplicação do Direito, uma vez que substituiu gradualmente o método de subsunção lógico-formal pelo de um “juízo de ponderação” de uma situação concreta e avaliação de interesses em jogo, de harmonia criteriológica de valoração típicos da lei.

Westermann (apud LARENZ, 1989) também defensor da Jurisprudência dos Interesses, ele mesmo faz uma crítica à indefinição da palavra “Interesse” neste contexto, entendida de três maneiras distintas: “motivação do legislador; objeto das valorações e critérios de valorações”. Termina por propor que “Estes não seriam em si propriamente interesses” e sim “corolários da idéia de Justiça”. É justamente a partir deste ponto que exsurge a chamada “Jurisprudência das valorações” atual, embora se verifiquem ainda alguns problemas; o ponto cerne resquício do sistema de interesses é justamente a existência ou não de critérios objetivos de valoração e a fundamentação racional do uso dos valores.

Destarte, uma Jurisprudência de valorações requer uma axiologia jurídica onde os valores sejam identificados e contextualizados num discurso argumentativo, mesmo que estejam inseridos em Princípios e Pressupostos. Resta claro que se perquire uma metodologia examinativa retórica cujo método ainda se encontra em construção visto que, os tratados axiológicos são apenas descritivos de seus significados e sentidos, restringindo-se ao prisma teórico.

Mas, retornando a Viehweg, para entender Leibniz é necessário contextualizar. Sabe-se que o início do século XVIII mostrou-se uma época de grande crise intelectual até porque, a Guerra dos Trinta Anos marcou uma etapa da história da humanidade onde a comunicação era fracassada e cheia de “maus – entendidos”. É neste viés que surge a problemática de um

método racional investigatório e argumentatório que tivesse o condão de ser partilhado entre a *linguagem comum* e o *conhecimento filosófico*; mas para este intento, era necessário demonstrar que ambos comungavam da mesma estrutura e que continham vinculações com a estrutura da realidade. Caso tal intento fosse a êxito, seriam produzidas concordâncias que evidentemente iriam superar as discussões teológicas básicas e até então irremediáveis existentes. A visão era de que poder-se-ia chegar à verdade que não seria objeto de discussão e, portanto, assente por todos os seres humanos racionais. É neste momento em que entra Descartes, entendendo que para que o conhecimento seja livre de qualquer dúvida, deveria ter como objeto aquelas naturezas simples, conhecidas por elas mesmas, onde o conhecimento, sendo clarividente, fosse abstraído de qualquer falsidade. Assim, não há lugar para o verossímil, tão somente para o *verdadeiro* fundado em evidências que não podem ser negadas. (PERELMAN, 1997, p.158-161).

Descartes (2011, p. 33) expõe quatro regras em seu método: “a) a primeira regra - da evidência : não aceitar nada como verdadeiro se não me fosse apresentado com evidência, clareza e distinção; b) a segunda regra – da análise: dividir cada uma das dificuldades nas suas partes mais simples, de modo a facilitar a sua resolução; c) a terceira regra - da síntese ou da ordem: conduzir o raciocínio por ordem, indo sempre do mais simples ao mais complexo; d) a quarta regra - da enumeração: fazer enumerações tão completas e gerais a ponto de nada ficar por mencionar”.

Todavia, o italiano Vico (1984, p. 11) perfaz severas críticas ao método cartesiano, onde ressalta que a razão em Descartes, órgão da verdade demonstrativa, opõe-se o “engenho”, ou seja, à faculdade de descobrir o verossímil e o novo. A “crítica”, nova arte cartesiana que tem seu fundamento na razão, contrapõe à “tópica”, arte que disciplina e direciona os procedimentos inventivos do engenho. Para Vico, citado por Viehweg no início de sua obra sobre tópica, a teoria engendrada por Descartes e que é dirigida de forma exclusiva pelo conhecimento matemático termina por submeter todas as outras esferas de indagação à evidência da razão abstrata. O grande problema dessa visão racionalista cartesiana é ser pretensão quimérica, posto que existem certezas humanas fundamentais que não podem ser logicamente demonstradas e muito menos consideradas evidentes. Assim, produtos humanos fundamentais tais como a própria retórica, a poesia, história e mesmo a “prudência” que disciplina a vida prática, não tem seus fundamentos em verdades de tipo matemático, mas tão somente sobre o verossímil, que é, uma verdade problemática haja vista que se coloca entre o verdadeiro e o falso.

Ainda neste contexto, o *verossímil* em grande parte dos casos, é verdadeiro, todavia, sua principal característica encontra-se na falta de uma garantia falível de verdade. Ante o claro método matemático perpetrado por Descartes, a filosofia não pode olvidar do verossímil ou colocá-lo em segundo plano, até porque, o âmbito do filósofo é o do “provável”, assim como o dos matemáticos é o “verdadeiro”. Por isto, Vico (1984) detém algo positivo do método crítico, mas expõe concomitantemente suas debilidades, o que chega a ser um ponto de equilíbrio na racionalidade eufórica da época e, na contemporaneidade, isto assume uma função relevante no desenvolvimento de uma teoria crítica, mais precisamente no âmbito da hermenêutica jurídica. Vico também destaca a possibilidade do pensar em conjunto o método sistemático e tópico, que contenha ideia de conjunto, proporcionando uma maior interação com o caso a ser regulado.

No que se refere a Leibniz, que nasceu em uma Europa castigada pela Guerra (1976), era evidente esperar que isso fosse plenamente possível, e não por outra razão, este autor se dedicou incansavelmente à temática de formação de uma linguagem universal. O tema principal é expor o isomorfismo entre as estruturas subjacentes à realidade e à linguagem, mesmo mascaradas pela variedade de culturas e linguagens específicas. Em face do projeto de Leibniz de uma língua universal como meio de reunificação religiosa e busca da paz na Europa, é que ele se dedicará à “Arte combinatória” em sua dissertação em 1666, tema que foi tratado por Viehweg em sua obra, aqui analisada, e também, em seu trabalho monográfico específico sobre Leibniz intitulado *Die juristischen Beispielsfälle In Leibnizens Ars combinatoria* (publicado na coletânea alemã de seus “pequenos escritos” *Rechtsphilosophie und Rhetorische Rechtstheorie : Gesammelte kleine Schriften. Baden-Baden: Nomos, 1995. p.137-143*). (ECO, 1999, p. 238).

Torna-se necessário estudar questões teóricas sob a ótica dos argumentos, e de como são apresentados, e a que audiência dirigem-se, haja vista que todo o conhecimento é entendido como originário de uma interação que ocorre num determinado contexto, em situação. É exatamente neste sentido que a antiga retórica e mais precisamente, a tópica são perscrutadas para o esclarecimento de onde os intervenientes numa discussão pinçam suas premissas e suas posições, bem como também, onde seu papel como interlocutor encontra-se abarcado por deveres éticos e imersão em determinado contexto.

É precisamente no contexto retórico que toda a afirmação deve ser objeto de avaliação e, apenas uma prática prolongada tem o condão de garantir sua importância para situações, circunstâncias, empreendimentos racionais e fins humanos particulares. Destarte, a teorização não deixa de figurar como uma espécie de prática dentre outras e suas bases necessitam de

compreensão. Aqui se pode entender melhor a proposta de Viehweg (1979) que foi postada na introdução de *Tópica e Jurisprudência*, quando ele aduz a necessidade de se construir uma “teoria da práxis” que fosse suficiente.

8 O CONFRONTO ENTRE A SISTEMATIZAÇÃO DEDUTIVA E A TÓPICA.

Percebe-se claramente que Viehweg (1979) estabelece um confronto entre a axiomática (Sistematização dedutiva) e a Tópica. O autor procede a um exame das duas formas de pensamento sob o ângulo de uma teoria da Ciência, tentando extrair qual dos dois seria mais adequável ao Direito. Ressalta o desejo da moderna cultura da Europa Ocidental de entender Jurisprudência como Ciência, mas que isso só seria possível se houver direcionamento à tópica.

Assim, na primeira hipótese, axiomática, consistiria em "ordenar, de acordo com sua dependência lógica, de um lado, os enunciados, e, de outro, os conceitos de uma área qualquer (não-lógica)". (VIEHWEG, 1979). Este pensamento não estaria condizente ao Direito, uma vez que, só se houvesse a possibilidade de colocar todos os temas jurídicos sob “alguns axiomas e conceitos fundamentais unitários e fazer o mesmo com o âmbito total do Direito positivo em questão”, possibilitaria em abordar de uma total fundamentação lógica do Direito bem como, de um sistema jurídico lógico. Para Viehweg, a eliminação da tópica por este sistema não se perfaz pela escolha dos axiomas mas por uma tarefa de “invenção”. A determinação de quais seriam os princípios objetivos selecionados é, no âmbito lógico, *arbitrário*, segundo explana Viehweg (1979).

Viehweg destaca que o uso pela ordem jurídica da linguagem comum sempre operará uma tópica “oculta”, posto que algumas “conclusões semelhantes conduzem, com frequência, a interpretações variadas e encobertas” e o tecido jurídico em sua completude não é um sistema do ponto de vista lógico, mas configura-se uma pluralidade de sistemas com projeções variadas, ou mesmo deduções pouco comprováveis em suas relações recíprocas, daí, concluir-se em sua obra que o sistema lógico apenas seria plausível se a pluralidade de sistemas fosse reduzida a um sistema unitário. Assim, ocorrendo a pluralidade, tal ensejaria contradições que precisariam de um instrumento de eliminação e, tal elemento de eliminação é a interpretação. É por isto que Viehweg (1979) ressalta a necessidade de firmar-se, quando se fizesse necessário, conexões por intermédio de interpretações aceitas e consideradas adequadas. Neste ponto o autor destaca que é justamente pela interpretação que a Tópica vai inserir-se no sistema jurídico.

Destarte, a ordem jurídica encontra-se em permanentes alterações de significado ao longo do tempo além da existência de alguns casos não vislumbrados pelo legislador, portanto, destaca – se uma interpretação adequada que tenha o condão de alterar o sistema por intermédio de uma extensão, redução, comparação, etc. Ademais, a irrupção da tópica também se faz exigível na linguagem natural que se encontra presente no Ordenamento Jurídico, até porque, neste contexto, serão assimiladas novas visões “inventivas”, o que deixa patente sua flexibilidade, todavia, pondo em risco o sistema dedutivo, pois, como bem aborda Viehweg (1979, p. 82): “os conceitos e as proposições que se expressam por meio de palavras não são confiáveis do ponto de vista da sistemática [...]. Perde-se totalmente o ponto de partida, quando, em caso de necessidade, se faz referência ao sentido de uma palavra” o que acontece reiteradamente na Ciência do Direito.

Também destacou a Tópica intervindo onde o sistema jurídico liga-se à realidade, posto que o “estado das coisas” precisa da interpretação a fim de que se coadune ao sistema jurídico. Há, dessa maneira, na aplicabilidade do Direito, uma proximidade entre o ordenamento jurídico e os fatos. Viehweg (1979) então arremata aduzindo que por onde quer que se olhe, a tópica encontra-se presente e, por conseguinte, o sistema dedutivo apresenta-se como inapropriado. Destarte, enfatiza a interpretação como o elemento central das operações e, na realidade, os juristas se valem muito da tópica, pois, *a tópica precede à lógica*.

Interessante neste contexto procurar relacionar o pensamento tópico à interpretação constitucional por meio de um processo de sistematização aberta da Constituição Federal, a fim de serem superadas a forma de pensar sistemática lógico-dedutiva, apartada dos fatores reais, do âmbito material da Constituição. Tentar achar um ponto de equilíbrio entre o pensamento tópico e o sistemático no contexto da obra de Viehweg (1979) é, indubitavelmente, entender a noção de sistema como sendo aberto. Constata-se em sua obra que, de forma implícita, numa análise crítica, que a tópica não exclui totalmente o pensamento sistemático como dá a entender *prima facie*. Neste sentido, vê-se que o pensamento de Viehweg, mesmo apresentando a tópica tendo como referência o sistema, e este como lógico – dedutivo, em dado momento estabelece a possibilidade de que o pensamento tópico e sistemático aberto tenham uma certa compatibilidade quando afirma que a “tópica não pode ser entendida se não se admite a sugerida *inclusão em uma ordem* que está sempre por ser determinada. Destarte, exatamente neste dizer Viehweg dá abertura à concepção de um *sistema aberto de regras e princípios*.

Levando para o aspecto constitucional, Canotilho (1993, p. 165) direciona seu entendimento no sentido de que o texto constitucional não se encontra pronto e acabado e sim,

em constante busca e construção, de maneira que a interação entre o texto com a realidade deve ser completa a fim de se aferir a garantia da sua supremacia e força normativa. Assim, a tópica, sob este prisma, participa do processo como meio de transmissão entre a realidade (problemas, conflitos) e a norma, de forma a se aferir a solução para o caso não só da lógica do sistema (entendimento ultrapassado), mas sim, a interação entre os pressupostos do sistema e o caso que será passível de regulamentação.

Canaris (1989, p. 281) quando trata acerca do sistema, define-o como “Ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais.” Ou seja, tal sistema não é fechado e sim, aberto. Alguns autores, neste sentido, ressaltam a importância de refletir acerca da possibilidade de tornar compatível o pensamento tópico com o sistemático. Canaris, por exemplo, quando estabelece suas críticas a Viehweg inerente ao sistema tópico, parte dos postulados definidos pelo próprio Viehweg concernente à tópica. Todavia, mesmo Canaris procede a uma reavaliação do papel da tópica, abrindo caminhos para a complementariedade entre as duas maneiras de pensar, inclusive, a relevância do uso da tópica nos casos de lacunas legais por exemplo.

Mesmo assim, o papel desenvolvido pela tópica em Canaris (1989, p. 273) é coadjuvante e ele mesmo afirma isso quando alude que “a tópica nada mais é aqui do que um meio auxiliar tratando-se então de substituir o mais depressa possível os inseguros tópicos por claras valorações, isto é, de determinar sistematicamente a resolução”.

Todavia, é de se questionar tal posição, uma vez que, dentro de um sistema jurídico, sendo sistema normativo e aberto de regras e princípios, seria perquirido se não teria a tópica uma função mais enfática na Ordem Jurídica ou se haveria tal possibilidade. Se se retoma a noção dada por Canotilho acima referida, de sistema aberto, então à tópica não lhe cabe a atribuição de atualizar a Ordem Jurídica como Viehweg tentou estabelecer.

Talvez haja a possibilidade de atribuir à tópica uma importância na Ordem Jurídica, no caso analisado, a constitucional por exemplo, que possui normas cujo conteúdo é aberto e de extensa interpretação, pelo que, a tópica exerceria neste contexto uma função democrática de interpretação constitucional, envolvendo inúmeros protagonistas do processo hermenêutico nos termos propostos por Häberle (1997, p. 13), que assim dispõe: “no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elemento cerrado ou fixado com *numeros clausus* de intérpretes da Constituição”.

Destarte, os principais caracteres da ideia de sistema, ou seja: unidade e ordem não são de todo incompatíveis com o pensamento tópico até porque, em se tratando de sistema aberto,

há a necessidade precípua de que as normas do sistema dialoguem com a realidade posto não abraçarem todas as possibilidades fáticas. Assim, quando se pretende solucionar um problema, a solução precisa tanto de um sistema que comprove que aquele que ficou em pior situação quando da decisão teria de aceitá-la, visto que o sistema assim determinou e definiu, como que, também, a decisão que fora firmada pelo sistema seja considerada legitimada em face de todos os seus fundamentos, na confrontação com todos os viés e *topos* de argumentação, de forma que o conteúdo da decisão seja substancial. Aliás, este pensamento é corroborado por Diniz (1989, p. 123), que assim destaca:

A tópica ataca a concepção do sistema jurídico como algo unitário, definitivo e fechado e pressupõe sempre a consideração dinâmica do direito, bem como a adoção da ideia de sistema aberto e elástico para poder oferecer soluções satisfatórias que se integrem à sistemática jurídica... Poder-se-ia dizer até que o raciocínio tópico dinamiza o direito entendido como um sistema aberto, tornando-o maleável e adaptável às contingências e mutações da vida. O pensamento jurídico, portanto, mediante a tópica, torna-se necessariamente aberto incapaz de se inserir numa axiomática cerrada.

Outra questão interessante é acerca dos limites da tópica em face do sistema normativo, onde as mais importantes críticas da tópica convergem. As críticas giram em torno do fato de que a tópica entenderia a lei como mais um *topos* dentre vários, de forma que as discussões transporiam os limites da lei, estabelecendo uma dimensão mais vasta. É uma questão delicada uma vez que, no vislumbre da união da tópica com o sistema não se trabalha com um novo conceito de “tópica”, haja vista que apenas se apreende seus conceitos.

Destarte, fato é que, a tópica aplicada à interpretação jurídica e, principalmente à interpretação constitucional, precisa, nas discussões das diversas visões, levar em conta a norma, como essencial condição de argumentação. Ou seja, a norma é o limite da tópica em última instância. Esta age em função da norma constitucional, principalmente aquela de caráter aberto, pois sendo o sistema aberto a novos conceitos, estes poderão ser preenchidos pela tópica, sem que esta desconsidere o mínimo de normatividade textual.

Ferraz Jr. (1997, p. 81) também traz sua contribuição no que se refere à tópica. Ele estabelece uma diferença entre Tópica material e formal. Para o autor, a material seria:

Um conjunto de prescrições interpretativas referentes à argumentação das partes no seu inter-relacionamento, mas do ângulo das intenções persuasivas de uma em relação à outra, isto é, sob o ponto de vista do seu interesse subjetivo. A ‘tópica material’ proporciona, assim, às partes um repertório de ‘pontos de vista’ que elas podem assumir (ou criar), no intuito de persuadir (ou dissuadir) o receptor da sua ação linguística.

No que concerne à tópica formal, entende o autor que esta “se refere ao controle objetivo da comunicação discursiva, tendo em vista a produção de convicção, e que confere à fundamentação do discurso judicial um caráter próprio”. Analisando a temática, chega-se à conclusão de que a adequada compreensão dos conceitos de tópica e sistema corrobora ao surgimento de uma teoria hermenêutica que renova a práxis interpretativa constitucional.

9 ANÁLISE EM VIEHWEG DA TEORIA DOS INTERESSES

Viehweg (1979) aborda em sua obra **Ihering e a Teoria dos Interesses**, a qual foi tratada por aquele quando da análise da Tópica com a *Mos Italicus*. Como salientado, Franz Wiacker defendeu que o sistema lógico de Wolff, por ser coerente, contribuiu para os fundamentos de inúmeros códigos jus-racionalistas e, por meio de seus discípulos juristas e pandectistas, o Código Civil Alemão e codificações irmãs a este, estabeleceram o programa de dedução lógica da decisão jurídica, tomando como ponto principal princípios superiores e conceitos gerais de valor construtivo fixado previamente, e que se mantiveram na Ciência Jurídica. Também se enfatizou que muitos juristas criticaram Wolff por sua falta de originalidade, por ser uma sistematização minuciosa e fria da metafísica de Leibniz e nada mais. (FASSO, 1978).

Explanou-se também que, Puchta é considerado o mais célebre representante da escola alemã do século XIX que estruturou a Ciência Jurídica dentro de um sistema lógico modelando-o em uma pirâmide de conceitos, segundo Larenz (1989); destacou-se neste quadro Savigny e Ihering; este último, posteriormente, torna-se crítico do sistema formal, abarcando o pragmatismo jurisprudencial que originou a chamada “Jurisprudência dos Interesses” de Philipp Heck, mais aberta aos axiomas sociais e finalidades do Direito.

No que concerne à Jurisprudência dos Interesses, que Viehweg comenta no início do parágrafo, Foi exposto que Luhman (1983) não foi de encontro à visão de sistema de conceitos apenas por querer implementar uma jurisprudência sociológica, não podendo ser mal interpretada em sendo contra à abstração ou à dogmática.

O legado da Jurisprudência de Interesses na prática jurídica alemã foi revolucionador da aplicação do Direito, uma vez que substituiu gradualmente o método de subsunção lógico-formal pelo de um “juízo de ponderação” de uma situação concreta e avaliação de interesses em jogo, de harmonia criteriológica de valoração típicos da lei. Ademais, foi exposta posição de Harry Westermann, que embora defensor da Jurisprudência dos Interesses, criticou-a quanto à indefinição da palavra “Interesse”, propondo que “Estes não seriam em si

propriamente interesses” e sim “corolários da ideia de Justiça”. A partir deste momento surge a chamada “Jurisprudência das valorações” atual, embora se verifiquem ainda alguns problemas; o ponto cerne resquício do sistema de interesses é justamente a existência ou não de critérios objetivos de valoração e a fundamentação racional do uso dos valores. (LARENZ, 1989).

Pois bem, após essa pequena recapitulação, constata-se que Viehweg, em seu parágrafo 8 de sua *Tópica e Jurisprudência*, fundamentando-se na doutrina Alemã, entende que no que se refere ao Direito Civil, o raciocínio Tópico deve ser destacado. Destarte, neste sentido, os *topoi* são buscados tendo em vista os problemas e sofrem renovação sempre que estes assim o exigirem, devendo, neste contexto, extrair – se a utilidade e conveniência do uso dos conceitos e proposições jurídicas.

A Arte do Direito conduz-se por sua eterna reconstrução, primando por sua solidez, mas não se esquecendo de sua característica de flexibilidade. Sendo a Ciência do Direito móvel e, portanto, de acordo com diversas situações que serão levadas em consideração. Caso conceitos e proposições contrariarem à postura aporética, devem ser impedidas de ser utilizadas. É conveniente à Ciência do Direito no dizer de Viehweg (1979), uma “variedade assistemática de pontos de vista”, no caso, os *topoi*. A tópica tem a capacidade de se ajustar às céleres alterações do contexto histórico-social atual, pelo dinamismo da técnica, constituindo-se em um pensamento em constante “fazer-se”, “ativo”.

Para melhor compreensão do pensamento de Viehweg acerca da Ciência do Direito, o contexto histórico sobressai-se. A ideia de sistema, no âmbito jurídico, que emerge do pensamento jusracionalista, firma-se com o constitucionalismo escrito e com as codificações, nos séculos XVIII e XIX respectivamente, conduzindo à elaboração doutrinária dos positivistas, principalmente na França e Alemanha. Junto com seu contexto motivacional ideológico, veio o grande êxito da lógica formal na matemática e Ciências Naturais, ofuscando outros métodos de raciocínio.

Assim, partindo destas ideias típicas do século XIX, onde a produção sistemática no Direito Positivo e na construção teórica são destacadas, surge a importância da interpretação no Direito. Todavia, esqueceu-se do papel imprescindível da hermenêutica, focalizando na ideia de ordem o conceito de Direito. Na segunda metade do século XX, no que chamaram de “consciência de crise” é que começa a ser questionada a noção de “sistema” com opção pelo problema, posição Viehweguiana.

Alguns autores então começam a tratar acerca da “decodificação”; é neste período que o pensamento de Viehweg emerge, tendo com cerne o aspecto tópico, sob a perspectiva do

problema, num viés dialético, da Ciência do Direito. Assim, o pensamento tomando como ponto de partida os *topoi* (pontos de vistas importantes), abarca um mundo discursivo aberto. Diferentemente das provas aferidas pelo meio dedutivo num sistema fechado de premissas desnecessárias. Destarte, as premissas fundamentais do silogismo são legitimadas pela anuência daqueles que intervêm na discussão.

A tópica requer que, sem que se abandone o sistema sem o qual não se pode pensar em Direito, repensar o conceito deste levando em consideração seu componente hermenêutico de efeitos teóricos-práticos importantes, afinal, a interpretação está agregada ao Direito.

A Ciência do Direito apresenta-se em sua concepção de forma ampla por não contemplar de forma solitária a norma, mas observando sua conectividade com seu sentido e fim, seu conteúdo ético-jurídico e eco na sociedade, além do contexto histórico em que surgiu, por isso, mantém-se o liame entre os inúmeros aspectos históricos, sociológicos e sistemáticos, conforme Savigny. É uma ciência auxiliadora do jurista inclusive na interpretação e aplicação da ordem jurídica. Todavia, há posições reducionistas do direito, onde o Direito vincula-se a um discurso ideológico e limitado a repetição de fórmulas (normas) e aplicação mecânica mediante subsunções silogístico-dedutivas.

Outro autor bastante tratado por Viehweg em seu parágrafo 8 foi Wilburg (2000, p. 56). Este jurista introduziu a noção de um “sistema móvel”. Procurou esse jurista uma outra saída distinta dos extremos da escola de direito livre e da exarcebada ligação do juiz à lei no sistema fechado. A Ciência Jurídica deve superar e desenvolver, mediante uma conformação mais móvel e flexível do Direito, sempre quando o “tráfego jurídico” não requerer regras ou preceitos formais, normas com mais elasticidade do que as postas.

Viehweg (1979, p. 95) destaca a posição de Wilburg e sua noção de mobilidade do sistema trazendo-a para o Direito Civil, quando da crítica de que o direito civil estaria paralisado num sistema rígido e que teria de se tornar móvel.

Para Wilburg, existem dois âmbitos essenciais para aplicação do conceito de sistema móvel: um direcionado ao legislador inerente à técnica legislativa, e que leva a uma formulação de normas onde o próprio legislador oferece os elementos de valoração; o outro âmbito trata-se da aplicação do direito, quando firma possibilidade diferente da subsunção lógico – dedutiva. (GUICHARD, 2000, p. 52). O interessante na visão de Wilburg, é que quando se pensa num sistema móvel, tal noção ajuda a desenvolver o pensamento sistemático; Canaris situa o sistema móvel numa posição entre as cláusulas gerais, que precisam de conteúdo valorativo e opera pela tópica, e as previsões normativas rígidas, submetidas à subsunção. (CANARIS, 2002, p.143-148).

Esta nova forma de pensar o sistemático ainda está em construção diante da dinâmica da realidade moderna e, como dito anteriormente, exsurge a característica de uma nova maneira de pensar a Ciência Jurídica tomando como ponto de partida a concepção de sistema aberto. Assim, o sistema móvel age no sentido de reafirmar a abertura do sistema oferecendo elementos não hierarquizados e sem prevalências por meio do qual se extrairá o direito, por meio da escolha valorativa. Canaris (2002, p. 148) destaca também a contribuição da tópica onde se perquire o mínimo de segurança e estabilidade ante as escolhas arbitrárias do legislador na concreção de cláusulas gerais e conceitos legais indeterminados.

A tópica é responsável pela rejeição do prisma das ideias e o retorno à concretude. Este é o mesmo direcionamento dado por Larenz no que se refere ao surgimento do sistema, cuja noção vem da contribuição do sistema conceitual-abstrato que se completa por elementos característicos da abertura do sistema. Em seu surgimento, o pensamento tópico está presente, mas para Larenz (1997, p. 621-69), não se considera a compreensão do sistema como mera justaposição do pensamento lógico-dedutivo e do tópico.

Entretanto, sem querer bater de frente com Larenz, é complicado negar que o desenvolvimento do pensamento jurídico observa na contemporaneidade o legado da noção de sistema móvel e da tópica. O sistema erige-se não com pretensão de ser exclusivo mas composto, que significa dizer que a abertura do sistema abarca sua perspectiva conceitual e o dota-o de valores que na mobilidade e na tópica ganham certa ordenação.

10 PRAGMATISMO E TÓPICA EM VIEHWEG

Viehweg faz uma análise perfunctória da questão da sintaxe, semântica e do pragmatismo; ressalta a questão da interpretação argumentativa e situa o tema da tópica e jurisprudência na atualidade, abordando outrossim acerca da lógica neste processo. A questão hermenêutica é o cerne da obra de Viehweg. Convém assim, traçar algumas considerações acerca do momento da hermenêutica jurídica atual.

É sabido que, a prática jurídica ao longo dos tempos, mediante inúmeras tentativas de adequação do Direito a um paradigma hermenêutico determinado, fez que com os juristas pudessem aceitar e investigar os complexos processos de interpretação. Hodiernamente, não se pode mais simplesmente ter uma visão hermenêutica jurídica maniqueísta, limitada à divisão comum entre positivismo e naturalismo. Bergel (2001, p. 30) já aduzia em sua obra que:

O raciocínio jurídico não é nem uma demonstração matemática nem simples retórica. É feito de controvérsias, de dialética no sentido aristotélico do termo, mas também recorre à lógica formal. Inspira-se ao mesmo tempo em princípios abstratos e em realidades concretas, com um vaivém constante do direito aos fatos. Por conseguinte, deve-se combinar a abordagem puramente substancial do direito e suas expressões formais. O pensamento jurídico conduz geralmente a equilíbrios ou escolhas entre imperativos contrários dos quais uma das resultantes é a solução. As regras ou os princípios podem nele acumular-se esquematicamente, excluir-se ou conciliar-se. É necessário, para a apreensão e para a aplicação do direito, estudar pela teoria geral os princípios, os conceitos, as instituições, os mecanismos etc. que comandam o pensamento jurídico e são por ele empregados.

No momento hermenêutico, o intérprete depara-se com a carência de epistemologia do Direito, frente a valores e textos cujos conteúdos são imprecisos; assim, é na jurisprudência que encontra um apoio, haja vista que a Teoria Geral e a Filosofia se coloca afastada da prática por um oceano intransponível. Esta situação que se observa na realidade, tem sua base na dicotomia entre o “ser” e o “dever ser”, estes dois mundos terminaram por dividir e transformar o Direito em, de um lado, a “Ciência perfeita que deveria existir mas nunca existirá” e o “mundo dos fatos com o qual os juristas devem lidar”; tomando como ponto de partida tal contexto, os juristas sofreram uma bipartição entre os filósofos pensantes mas que não fazem nada e os práticos que trabalham sem pensar. (SZYNWELSK, s/d).

A dicotomia dificulta o procedimento de integração entre conceitos e valores dentro do contexto da hermenêutica jurídica, mesmo que se perquiria um modelo sistemático com flexibilidade e que integra valorações, ainda se fala em direito positivo e direito justo, por isto, muitos autores questionam a imprescindibilidade de um direito alternativo, contudo, a questão não é saber se os valores admitidos são universais ou históricos mas sim, quais seriam os valores que de forma especificada seriam escolhidos no processo da argumentação, evitando que o “príncipe seja um sapo”, tendo em vista que o senso comum tem sua própria moralidade e julgará por intermédio desta. Por isto, surge a ideia de uma jurisprudência de valorações, já abordada anteriormente, a fim de que o discurso jurídico argumentativo tenha como objetivo principal não o convencimento do receptor mas o esclarecimento do ponto de vista do emissor. Falar-se-ia, neste contexto, de “argumentação da honestidade”. (SZYNWELSK, s/d).

Uma jurisprudência de valorações pede uma axiologia jurídica que seja aplicada e adequada, com identificação de valores no contexto do discurso argumentativo, e tal, requer uma metodologia retórica a se construir como método, posto que os tratados axiológicos delineiam os valores sob a ótica filosófica-ontológica (descrição do sentido e significado) fundado-se na teoria. Canaris, autor citado anteriormente, expõe a imprescindibilidade de um

estudo dos valores de uma forma racional, mas seu sistema aberto a valorações restringe a inserção destes apenas mediante os Princípios do Direito. Quem vai tratar de forma interessante a Retórica é Perelman, onde deixa claro que as valorações não estão limitadas às normas mas antes, permeiam o discurso jurídico como um todo. (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 1996).

Seu trabalho e aprofundamento acerca da argumentação e da técnica apresenta críticas, uma vez que o conhecimento da inserção de valores no discurso poderia tanto destacá-los como “dissimulá-los” mais ainda. Destarte, se se pretende uma metodologia que tenha fundamentos em valores, deve-se ter em mente pressupostos éticos que obstem a manipulação quando da utilização do discurso. Certamente há benefícios no uso de uma retórica clara e honesta, onde seu significado será muito considerado no processo de convencimento.

Assim, aqui entra a lógica, tratada também por Viehweg; a lógica seria o meio pelo qual ajudaria no controle da “retórica honesta”, até porque as inverdades sempre se situam nos discursos “ocultos”. (PERELMAN, 1998).

Segundo Szyrwelski (s/d):

A criação de uma cultura, em meio aos juristas, de um pensamento crítico e análise lógica apurada, dificultaria o mascaramento de decisões políticas com argumentos jurídicos, o que obrigaria o jurista de má-fé a desenvolver profunda habilidade e inteligência na manipulação de argumentos sob pena de serem evidenciados seus verdadeiros pressupostos ideológicos em divergência com os argumentos e motivos apresentados. Por isso, pode-se dizer que a inteligência é companheira da ética, sendo que o uso da técnica com finalidades dissimuladas só persiste enquanto dura a incapacidade crítica do receptor da informação.

A despeito dos problemas suscitados na utilização dos métodos de análise de discursos, e das críticas ao uso do argumento da razão e o argumento do poder pela jurisprudência, cabe ao Poder Judiciário escolher a melhor forma com vistas a atender sua função no contexto da tripartição dos poderes. Mesmo que se aceite a compreensão de que o intérprete “cria a norma”, é complicado não se estabelecer as distinções de caráter ontológico entre a hermenêutica da razão e a hermenêutica dita legislativa.

A Ciência do Direito, como qualquer outra área do conhecimento, necessita de uma consciência do significado e ideologia. A teoria da argumentação demonstra resquícios de ideologia quando se utiliza da noção de opinião aceita de forma geral mas não se deve pensar que a argumentação judicial implica apenas e tão somente em uma reprodução de valores que predominam pois os argumentos observam níveis retóricos pois terminam por justificar uma decisão e um sistema. A argumentação judicial instrumentaliza o sistema político- jurídico a que se insere, mas há a possibilidade de se acatar os *topoi* tradutores de concepções

dominantes na ordem jurídica, fazendo uso deles para aferir resultados contrários aos já colimados.

Implica na utilização do *pensamento tópico* a fim de ampliar os conceitos já firmados sob um ponto de vista de liberdade e, onde o juiz é consciente de seu trabalho na conjuntura concreta social, entendendo o Direito mais perto do avanço da sociedade. O pensamento tópico realoca o problema (o caso concreto e suas especificidades) enfatizando-o, e as diversas posições tendentes à sua discussão e solucionamento, evitando que o jurista se utilize de forma lógico – dedutiva, sem desmerecer a ideologia no pensamento jurídico. Mas a Ciência do Direito, como dito em outra oportunidade, necessita ser crítica e construtiva, tentando harmonizar o pensamento tópico ao sistemático, em complementação mútua, tendo como pano de fundo os dados sociais, eis o ambiente de desenvolvimento de sua atividade.

Contudo, como bem destacou Viehweg em sua obra, isto não pode ser executado sem transcender a identificação entre o pensamento lógico dedutivo e sistemático. É claro que a Ciência do Direito não pode abrir mão da ideia de sistema, que conecta internamente as normas jurídicas dando-lhes sentido, mas deve-se ter em mente o que de tópico o raciocínio jurídico possui, que é percebido na interpretação e na aplicação do Direito. Mas a tópica também auxiliará a fim de que o pensamento sistemático não se transmute em lógico – dedutivo - conceitual, conduzindo ao que Vico entendia como “depravação humana”. (AZEVEDO, 1995).

É interessante destacar na ocasião que, uma solução, já mencionada e aqui enfatizada inclusive por Maria Helena Diniz, para uma tópica jurídica eficaz seria o desenvolvimento e definição de um método tópico fundamentado na prática jurídica, tomando por base suas realidades e necessidades, dando aos pesquisadores a oportunidade de se dedicar a análises mais práticas e objetivas e tentando demonstrar o que poderia ser entendido como modo de proceder tópico.

Destarte, a construção de uma tópica jurídica como método ou “modo de proceder” para alguns, baseada na obra de Aristóteles, pede que seja compreendida e contextualizada na dialética e na retórica, que seriam efetivamente técnicas, e não os *topoi* de forma solitária. Talvez por isto o interesse de inúmeros autores que se debruçam sobre a retórica e sobre a dialética quando de suas pesquisas acerca da argumentação jurídica. O trabalho de Viehweg neste prisma já é um bom resultado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo analisou sob o prisma histórico e hermenêutico a polêmica obra *Tópica e Jurisprudência*, de Viehweg, trazendo como tema principal, a relevância da tópica para a Ciência do Direito, retomando a temática da interpretação jurídica por outro viés, ou seja, não mais mediante os clássicos instrumentos de interpretação, sendo estes insuficientes aos anseios de solução às questões hermenêuticas do Direito na atualidade. Viehweg partiu da filosofia clássica, de Aristóteles e de Cícero, para o Direito, onde a tópica impactou o pensamento jurídico conservador, vinculado até então à forma de pensar oitocentista extrema e ultrapassada em teoria, mas que ainda permeia o ambiente jurídico com sua formação formal - legalista, que não conseguiu encontrar na tópica uma possibilidade de interpretação do Direito.

Destacou-se que a gênese da tópica jurídica teria sido uma maneira alternativa à jurisprudência positivista do século XIX e que se utilizava do método axiomático – dedutivo nas decisões, já que tal método mostrou-se insuficiente, além de não garantir a justiça e equidade nas decisões. Assim, arguiu-se que o método tópico seria o mais pertinente na aferição de decisórios mais justos para os casos jurídicos postos a exame, estes casos, tratados como “problemas”. Por isso, Viehweg expôs que os “problemas jurídicos” deveriam ser analisados sob diversos pontos de vistas e opiniões, incluindo neste contexto, o senso comum e, em se considerando tantas opiniões, ter-se-ia um consenso justo. Assim, Viehweg entendeu os variados “pontos de vistas” como “tópicos”, também denominados “lugares comuns”.

Percebeu-se que o autor estabeleceu uma correlação clara e quase simbiótica entre tópica e jurisprudência. A tópica, entendida no contexto, como a origem da jurisprudência, o que leva irrefutavelmente o autor a citar em sua obra Gian Battista Vico, além de procurar na cultura da antiguidade, mais precisamente em Aristóteles e Cícero, os delineamentos dessa nova visão. Viehweg defendeu também que a jurisprudência na antiguidade romana bem como, Idade Média é eminentemente “tópica”. Assim, o Jurista romano propunha um problema e então pesquisava os argumentos, ficando as decisões que solucionariam as lides a cargo das regras, ou tópicos, que eram legitimados quando utilizados pelos homens de prestígio em Roma. A retórica era, na idade Média, estudada anteriormente ao direito pelos juristas, onde o ensino do Direito fundava-se nas discussões de problemas.

Salientou-se que, no entender de Viehweg, esses procedimentos seriam muito mais aplicáveis ao Direito do que um sistema de axiomas, daí o propósito dos estudos do autor,

qual seja, o resgate desses procedimentos, tomando como embasamento os pensamentos de Aristóteles, Cícero e Vico.

Todavia, ressaltou-se que, um dos problemas para entender a proposta de Viehweg é que ele não define precisamente os elementos fundamentais de seu trabalho, como: o que é a “tópica” e os “tópicos”.

Assim, após estabelecer as Tópicas influenciadoras de seu trabalho (aristotélica e ciceroniana), Viehweg passa então a uma análise da tópica em si. Definição sobre *topoi* ou tentativas de definição surge bem como, a relação entre tópica e problema, tópica e arte, tópica e sistema e por fim, as premissas, além de uma abordagem dos catálogos de *topoi* firmados por Aristóteles e outros a que ele entendeu pertinentes. Contudo, a definição do que seja um tópico (*topoi*) tornou-se um desafio a Viehweg. Destacou-se baseado em Aristóteles, que os tópicos dão embasamento à qualquer linha de argumentação e respalda a discussão dos mais variados temas e que o cerne da questão é em se saber o que é um tópico e de que maneira se conduzirão os argumentos que se constroem com a ajuda de um tópico, dada a dificuldade em sua definição mesmo para Viehweg que, embora tenha tentado, não conseguiu chegar a uma definição de um tópico, mas, passou ao menos noções do que seriam os *topoi*, o que, em sua leitura, conseguiu-se ter uma ideia do que eles são, mesmo que nublada.

Neste contexto, partiu-se então do estabelecimento do significado, no grego, da palavra “topos”, que significa “lugar”; enfatizou-se que na Grécia antiga, tal palavra referia-se a um determinado método de memorização, onde procedia-se a uma associação de itens de uma lista que porventura se queria memorizar a umas casas de alguma rua. Dessa maneira, cada item na memória de algum argumentador, estaria “localizado” em alguma casa, levando ao debatedor a não se esquecer de lançar mão do item quando do acalourado debate temático.

Estas observações deram a entender que *topos* seriam qualquer coisa que poderia ser utilizada como argumento num debate. Kneale, além de ratificar tal pensamento, asseverou que Aristóteles tornou-se mais compreensível no que concerne aos catálogos de tópicos quando se utilizam de exemplos. Fato é que, Viehweg destacou a importância de utilização dos *topoi*, uma vez que “propocionam um modo de entender a vida ou a arte, senão que até ajudam a construí-lo”. (VIEHWEG, 1979, p. 38).

Constatou-se a utilização dos *topoi* em quase todas as áreas das Ciências, mesmo a discussão de suas relações com a matemática; todavia, no objetivo de Viehweg, é a análise da tópica jurídica que vai, ao final de sua obra, interessar na construção da Ciência do Direito. Enfatizou-se que a alusão à importância dos *topoi* e catálogos de *topoi* na aferição e construção de um entendimento comum é destacada, sendo vistos como auxílio neste

empreendimento, mas, o próprio autor destacou que o domínio do problema exige uma flexibilidade e capacidade de alargamento.

Ressaltou-se que a noção de sistema nasce em Viehweg (1979, p. 43) quando este abordou a legitimação e prova de uma premissa, sua fundamentação e demonstração. É neste viés que o autor destacou a precípua exigência de um sistema dedutivo, pois exige que a proposição utilizada como premissa possa ser reduzida a outra, revelando o chamado “*methodus critica*” de Vico, mas deixa claro que a tópica “pressupõe que um sistema semelhante não existe. A sua permanente vinculação ao problema tem de manter a redução e dedução em limites modestos”.

Neste contexto, Viehweg (1979) sugeriu algumas considerações. A tópica, não obstante, deve ser compreendida imersa numa visão propriamente tópica, não devendo ser entendida abstando-se da aceitação da sua inclusão numa ordenação de círculos problemáticos, haja vista não servir à comprovação lógica das proposições do sistema (deduções), todavia, teria por fim a orientação do problema levando em conta as proposições lógicas do sistema. A tópica, assim, mostrar-se-ia incompatível com a elaboração de uma ciência mediante um sistema dedutivo-sistemático, uma vez que, em sendo um sistema de proposições em si mesmo considerado deveria ser entendido por si, através do desenvolvimento lógico de suas proposições principais, que não podem ser modificadas no caso da situação problemática, até porque o sistema é independente do problema.

Observou-se que Viehweg (1979) abordou, também, sobre a questão da *função dos topoi*, extraíndo um ponto interessante posto que, além de se considerar os tópicos universais referidos por Aristóteles, Cícero e sucessores, destacaram-se-se na temática os tópicos que são aplicáveis a específicos ramos do saber, os *loci communi*. Estes servem de fundamento para catálogos especializados de *topoi* e tem por finalidade precípua uma praticidade no silogismo do problema mediante uma orientação tópica. É neste sentido que se implementa a função dos tópicos, que deverão ser compreendidos sob uma visão de funcionabilidade a qual Viehweg destacou; são nada mais, nada menos que possibilidades de orientação e “fios condutores do pensamento” para o autor, onde o problema dá sentido ao pensamento.

Constatou-se que o método tópico vem prestar um auxílio na interpretação, haja vista que o processo interpretativo faz abrir um horizonte de possibilidades de entendimento sem que para tal se perquiria desrespeito a possibilidades outrora concebidas. Por fim, tendo como fundamento o pensamento de Nicolai Hartman, Viehweg (1979) defendeu a existência de dois modos de pensar, quais sejam, o aporético e o sistemático. Este último parte do todo, não tendo o que se perquirir a busca de um ponto de vista posto que este se encontra desde os

primórdios e dele escolhem-se os problemas. Os conteúdos dos problemas que não sejam harmônicos com o ponto de vista são descartados.

Viehweg (1979) implementou estreita ligação entre os métodos romanos de aplicação do direito e sua tópica resgatada, extremamente familiar aos romanos. Tentou demonstrar a identificação da *ars* romana clássica com o método tópico, terminando por viabilizar um paradoxo com a aplicação da norma jurídica. Notou-se que, uma das características da jurisprudência romana, era sua vinculação ao casuísmo, sempre numa perspectiva de equidade, justiça e utilidade. As decisões sempre deveriam se adaptar à vida social, daí exaltarem os romanos o real e o prático. Os romanos eram práticos e realistas em suas decisões.

Chamou a atenção neste sentido, a ênfase na questão da correlação entre os conceitos jurídicos e a realidade social. Isto é extremamente salutar posto que, tal preocupação nos romanos, em construir uma Ciência do Direito vinculada à realidade social, demonstra que aqueles, além de sua praticidade na resolução dos casos, primavam também a noção de que o direito não pode ser construído sem estar inserido na sociedade. Destarte, não é possível se construir uma Ciência do Direito sem partir da realidade social imperante em determinada época e local. Os romanos sabiam disso e eram exímios em sua práxis, construindo seus conceitos jurídicos e produzindo ciência. É certo que para isto, valeram-se do método tópico e adequaram-no aos seus anseios de solucionamento de problemas e desenvolvimento de seu Direito.

Outrossim, Viehweg (1979) analisou a Tópica na Idade Média, sob a influência da teologia, destacando, neste período, o liame entre a retórica e a jurisprudência. A retórica ou a arte da boa argumentação torna-se substancial na educação Greco – romana e durante a Idade Média. Destacou-se que, no panorama dos então Estados absolutistas e disputas religiosas, a oratória e argumentação retórica caminharam juntas e foram amplamente utilizadas na confecção dos discursos de cunho ideológicos e políticos.

A Idade Média destacou-se pelas ricas manifestações culturais e tal refletiu-se na pluralidade de fontes do Direito. Ressaltou-se que a *Escola dos Glosadores* teve o papel de filtrar as diversas formas jurídicas de manifestação, não permitindo que algumas fossem recebidas pela tradição universitária. Entretanto, com os *Comentadores*, a realidade própria de cada região foi considerada na elaboração de seus comentários jurídicos. No meio universitário, os professores passavam seu tempo com os alunos em inúmeras discussões e leituras dos textos romanos, perfazendo comentários, haja vista a complexidade e a característica minuciosa dos estudos na época.

Aduziu-se que o *mos italicus* era justamente o método utilizado pelos comentadores da época, até seu fim, com o humanismo emergente. O cerne da questão era que, tal método, foi extremamente influenciado pela doutrina *aristotélica-tomista* que defendia uma dialética impulsionadora de verdades baseadas em argumentos de autoridade. Por isto Viehweg, trata da autoridade e legitimação dos *topoi* nesta fase.

Estes argumentos da *mos italicus* foram objeto de duras críticas dos juristas do *mos gallicus*, escola de oposição que, quando do esgotamento do método comentador, tomaram por base a maneira como os juristas achavam a “verdade”: o meio autoritário firmado pela dialética escolástica. Foi oportuno salientar que, o raciocínio lógico dialético com o uso de textos Aristotélicos na Idade Média e o emprego dos *topoi* fizeram com que esta Escola denomina-se “Comentadores”, tendo como missão suprir as dificuldades de adequar a teoria e a prática, tentando coadunar estes dois âmbitos para atender às necessidades. Costumes, Estatutos, normas feudais dentre outras, foram normas jurídicas assimiladas neste período no panorama jurídico, além do reconhecimento dos estatutos locais face aos globais.

Ocorre que essa corrente exauriu-se quando da repetição dos *comentários sobre comentários* e isto, irrefutavelmente, levou a infundáveis remissões aos autores, como num movimento doutrinal cíclico onde pouco de produziu doutrinariamente de novo. Há, após, a superação do método escolástico dando vazão à razão humana como guia do pensamento jurídico contemporâneo, seguindo da necessidade de uma legislação e afastamento dos comentadores. Em resumo, a Escola dos Comentadores, de igual sorte as correntes de pensamento político, jurídico, filosófico, religioso, artístico, social dentre outros, passaram a ser atacados face à metodologia empregada. A análise acurada dos textos jurídicos oriundos dos grandes juristas e doutrinadores, exaltando a autoridade dos Doutores, implementaram uma visão pouco produtiva de novas doutrinas, como dito. Foi neste contexto que surgiram os humanistas com seu método *mos gallicus*, em contraposição ao *mos italicus*, ensejando a perda da opinião comum dos doutores e o ocaso da metodologia escolástica medieval.

Destarte, concluiu-se que os *topoi* nesta época e, por tudo o que foi explanado acerca da escolástica da Idade Média, apenas se legitimavam sendo reconhecidos mediante o argumento da autoridade, merecendo a partir daí consideração pelos alunos e professores. Restou claro que a Escola de Comentadores firmou-se como um marco importante na História do Direito e seu conhecimento. Neste contexto, alguns preceitos e institutos permanecem no mundo contemporâneo e, muitas vezes, fundamentando os atuais.

Em continuidade, explanou-se que, sob o título *Tópica e ars combinatoria*, Viehweg (1979, p. 71) destacou o trabalho de Leibniz, que estudou Direito conforme o *mos italicus*,

sob a justificativa de "concordar o tradicional estilo de pensamento da Idade Média com o espírito matemático do século XVII". Como visto, a pretensão era de que a *tópica* possa ser "colocada sob controle aritmético", procurando estabelecer "a relação do todo com a parte no centro do pensamento".

Foi então destacado que, a ideia de Sistema Jurídico surgiu na filosofia política e na teoria jurídica no século XVIII. Jeremy Bentham, em 1782, teria ressaltado pela primeira vez a expressão "Sistema Jurídico", mas, Viehweg apontou Leibniz, em sua obra *Dissertatio de arte combinatoria* (1667), como o primeiro a compreender o Direito como um "Sistema Articulado". Destarte, percebeu-se claramente que Viehweg estabeleceu um confronto entre a axiomática (Sistematização dedutiva) e a Tópica. O autor procedeu a um exame das duas formas de pensamento sob o ângulo de uma teoria da Ciência, tentando extrair qual dos dois seria mais adequável ao Direito. Ressaltou o desejo da moderna cultura da Europa Ocidental de entender Jurisprudência como Ciência, mas que isso só seria possível se houver direcionamento à tópica.

Viehweg destacou que o uso pela ordem jurídica da linguagem comum sempre operará uma tópica "oculta", posto que algumas "conclusões semelhantes conduzem, com frequência, a interpretações variadas e encobertas" e o tecido jurídico em sua completude não é um sistema do ponto de vista lógico, mas configura-se uma pluralidade de sistemas com projeções variadas, ou mesmo deduções pouco comprováveis em suas relações recíprocas, daí, concluir-se em sua obra que o sistema lógico apenas seria plausível se a pluralidade de sistemas fosse reduzida a um sistema unitário. Assim, ocorrendo a pluralidade, tal ensejaria contradições que precisariam de um instrumento de eliminação e, tal elemento de eliminação é a interpretação. É por isto que Viehweg ressaltou a necessidade de firmar-se, quando se fizesse necessário, conexões por intermédio de interpretações aceitas e consideradas adequadas. Neste ponto o autor destaca que é justamente pela interpretação que a Tópica vai inserir-se no sistema jurídico.

Destarte, a ordem jurídica encontra-se em permanentes alterações de significado ao longo do tempo além da existência de alguns casos não vislumbrados pelo legislador, portanto, destaca – se uma interpretação adequada que tenha o condão de alterar o sistema por intermédio de uma extensão, redução, comparação, etc. Ademais, a irrupção da tópica também se faz exigível na linguagem natural que se encontra presente no Ordenamento Jurídico, até porque, neste contexto, serão assimiladas novas visões "inventivas", o que deixa patente sua flexibilidade, todavia, pondo em risco o sistema dedutivo, pois, como bem aborda Viehweg (1979, p. 82), "os conceitos e as proposições que se expressam por meio de palavras

não são confiáveis do ponto de vista da sistemática [...]. Perde-se totalmente o ponto de partida, quando, em caso de necessidade, faz-se referência ao sentido de uma palavra”, o que acontece reiteradamente na Ciência do Direito.

Nesse sentido, o autor destacou a Tópica intervindo onde o sistema jurídico liga-se à realidade, posto que o “estado das coisas” precisa da interpretação a fim de que se coadune ao sistema jurídico. Há, dessa maneira, na aplicabilidade do Direito, uma proximidade entre o ordenamento jurídico e os fatos. Viehweg então arrematou aduzindo que por onde quer que se olhe, a tópica encontra-se presente e, por conseguinte, o sistema dedutivo apresenta-se como inapropriado. Destarte, enfatizou a interpretação como o elemento central das operações e, na realidade, os juristas se valem muito da tópica, pois, *a tópica precede à lógica*.

Viehweg abordou em sua obra *Ihering e a Teoria dos Interesses*, a qual foi tratada por aquele quando da análise da Tópica com a *Mos Italicus*. No que concerne à Jurisprudência dos Interesses, comentou que Luhman (1983) não foi de encontro à visão de sistema de conceitos apenas por querer implementar uma jurisprudência sociológica, não podendo ser mal interpretada em sendo contra à abstração ou à dogmática. Enfatizou que o legado da Jurisprudência de Interesses na prática jurídica alemã foi revolucionador da aplicação do Direito, uma vez que substituiu gradualmente o método de subsunção lógico-formal pelo de um “juízo de ponderação” de uma situação concreta e avaliação de interesses em jogo, de harmonia criteriológica de valoração típicos da lei.

Assim, partindo destas ideias típicas do século XIX, onde a produção sistemática no Direito Positivo e na construção teórica são destacadas, surge a importância da interpretação no Direito. Todavia, esqueceu-se do papel imprescindível da hermenêutica, focalizando na ideia de ordem o conceito de Direito. Na segunda metade do século XX, no que chamaram de “consciência de crise” é que começou a ser questionada a noção de “sistema” com opção pelo problema, posição Viehwegiana.

Viehweg (1979) faz uma análise perfunctória da questão da sintaxe, semântica e do pragmatismo; ressaltando a questão da interpretação argumentativa e situa o tema da tópica e jurisprudência na atualidade, abordando, outrossim, acerca da lógica neste processo. Assim, verificou-se que questão hermenêutica é o cerne da obra de Viehweg.

Destarte, a Ciência do Direito, como qualquer outra área do conhecimento, necessita de uma consciência do significado e ideologia. A teoria da argumentação demonstra resquícios de ideologia quando se utiliza da noção de opinião aceita de forma geral mas não se deve pensar que a argumentação judicial implica apenas e tão somente em uma reprodução de valores que predominam pois os argumentos observam níveis retóricos pois terminam por

justificar uma decisão e um sistema. A argumentação judicial instrumentaliza o sistema político - jurídico a que se insere, mas há a possibilidade de se acatar os *topoi* tradutores de concepções dominantes na ordem jurídica, fazendo uso deles para aferir resultados contrários aos já colimados.

Constatou-se que implicaria na utilização do *pensamento tópico* a fim de ampliar os conceitos já firmados sob um ponto de vista de liberdade e, onde o juiz é consciente de seu trabalho na conjuntura concreta social, entendendo o Direito mais perto do avanço da sociedade. O pensamento tópico realoca o problema (o caso concreto e suas especificidades) enfatizando-o, e as diversas posições tendentes à sua discussão e solucionamento, evitando que o jurista se utilize de forma lógico-dedutiva, sem desmerecer a ideologia no pensamento jurídico. Mas a Ciência do Direito, como se explanou, necessita ser crítica e construtiva, tentando harmonizar o pensamento tópico ao sistemático, em complementação mútua, tendo como pano de fundo os dados sociais, eis o ambiente de desenvolvimento de sua atividade.

Concluiu-se, portanto, que a construção de uma tópica jurídica como método ou “modo de proceder” para alguns, baseada na obra de Aristóteles, pede que seja compreendida e contextualizada na dialética e na retórica, que seriam efetivamente técnicas, e não os *topoi* de forma solitária. Talvez por isto o interesse de inúmeros autores que se debruçam sobre a retórica e sobre a dialética quando de suas pesquisas acerca da argumentação jurídica. O trabalho de Viehweg neste prisma já é um bom começo com um bom resultado.

REFERÊNCIAS

ALFLEN da SILVA, Kelly Suzane. Sobre a orientação tópico-hermenêutica em th.Viehweg. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/25390-25392-1-pb.pdf>>. Acesso em: 09 set.2015.

ARISTÓTELES. **Retórica das paixões**. Prefácio: Michel Meyer. Introdução, notas e tradução do grego: Isis Borges B. da Fonseca. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Tópicos**: dos argumentos sofísticos. Tradução brasileira de Leonel Wallandro e gerd Bornheim. São Paulo: Abril Cultural, 1978. (Coleção Os Pensadores, 4).

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. São Paulo: Landy, 2006.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. Do método jurídico reflexões em torno da tópica. **Revista da AJURIS**, n. 64, jul. 1995.

BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. Tradução: Luiz João Baraúna. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

BERGEL, Jean-Louis. **Teoria Geral do Direito**. Tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

_____. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito**. 3. ed. trad. Antonio Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CASTRO, Claudio Henrique de. A Tópica no Direito Romano Clássico. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**. v. 32, 1999.

COSTA, Mario Júlio de Almeida. **História do Direito Português**. 3. ed. Coimbra: Almeida, 1996.

CRUZ, Sebastião. **Direito Romano (ius romanum). I. Introdução. Fontes**. 4. ed. Coimbra: Dislivro, 1984.

ECO, Umberto. **La búsqueda de la lengua perfecta**. Tradução de Maria Pons. Barcelona: Crítica, 1999.

ENCICLOPÉDIA VIRTUAL. Gottfried Wilhelm Leibniz (1646-1716). Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/gottfried_wilhelm_leibniz>. Acesso em: 09 set.2015.

DESCARTES, René. **Discurso sobre o método**. São Paulo: Saraiva, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no Direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

FASSÒ, Guido. **Historia de la filosofia del derecho**. v. 2. Traducción de José F. Lorca Navarrete. Madrid: Pirámide, 1978.

FERRAZ JR. Tércio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. Da Justiça Material (Como as concepções de Justiça afetam o funcionamento das Instituições). **Revista de Direito Público**. São Paulo: RDT, v.69.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 2. ed. Trad. António Manuel Hespanha e Manuel Luís Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

GUICHARD, Raúl, Apresentação da tradução do texto: desenvolvimento de um sistema móvel no direito civil. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa**, Lisboa, v. 24, n. 3, 2000.

HABERLE, Peter. **Hermêutica Constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição. Porto Alegre: Fabris, 1997.

HOBBS, Thomas. **Leviatã, ou matéria, forma e poder de uma república eclesiástica e civil**. Tradução João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KNEALE, William; KNEALE, Martha. **O desenvolvimento da lógica**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991.

KNEALE, **Revista CEJ**, Brasília, ano XII, n. 41, p. 67-73, abr./jun. 2008 (1991).

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Trad. de José Lameto. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

LEIBNIZ, G. W. **Dissertación acerca del arte combinatorio**. Santiago: Universidad Católica de Chile, 1992.

LUHMANN, Niklas. Sistema jurídico y dogmática jurídica **Colección Estudios Constitucionales**. Traducción de: Ignacio de Otto Pardo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

LOMBARDI, Luigi. **Saggio Sul Diritto Giurisprudenziale**. Milano: Giuffrè, 1967.

MASSAU, Guilherme Camargo. O período de desenvolvimento da ciência do Direito: a renovação do método (Escola dos Comentadores). Disponível: <<http://www.sociologiajuridica.net.br/lista-de-publicações-de-artigos-e-textos/66-historia-e-teoria-do-direito-/105-o-periodo-de-desenvolvimento-da-ciencia-do-direito-a-renovação-do-metodo-escola-dos-comentadores>>. Acesso em 09 set. 2015.

MEYER, Michael. **Questões de retórica: linguagem, razão e sedução**. Lisboa: Lisboa, 1997.

PERELMAN, Chaim. **Retóricas**. Tradução de Maria E. G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

_____. **Lógica jurídica: nova retórica**. Tradução de Verginia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação: a nova retórica**. Tradução: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

REALE, Giovanni. **Introdução a Aristóteles**. Tradução: Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1997.

SLOMKOWSKI, Paul. **Aristotle's topics**. Philosophia Antiqua, v. 74. Revisão da tese do autor (doutorado). Leiden; New York; Köln: Brill, 1997.

SMITH, Robin. Gymnastic dialectic: argument as a sport. In: **Aristotle's topics**. Clarendon Aristotle series. Nova York: Oxford University Press, 1997.

SZYNWELSKI, Cristiane. **Teoria geral do Direito e o fato jurídico processual: uma proposta preliminar**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4837/teoria-geral-do-direito-e-o-fato-juridico-processual#ixzz36bB2yh1c>>. Acesso em: 09-09-2015.

VICO, Giambattista. **Princípios de (uma) ciência nova:** acerca da natureza comum das nações. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1984. Coleção Os Pensadores.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência.** Brasília: Universidade de Brasília, 1979.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno.** Tradução de A. M. Botelho Hespanha. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

WILBURG, Walter. Desenvolvimento de um sistema móvel no direito civil. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa,** Lisboa, v. 24, n. 3, 2000.

DA (NÃO) EFETIVIDADE DA RESOLUÇÃO N°9/CNE/2004: UMA ANÁLISE CRÍTICA DO ENSINO NOS CURSOS DE DIREITO³⁴

Diego Maradona Barros Gomes

Advogado. Formação em Coaching e Programação Neuro-Linguística pela International Society of Coaching - ISC. Atuou no projeto de regulamentação e implementação da LC 123/2006 no Estado de Alagoas, prestando consultoria aos municípios junto ao SEBRAE/AL.

RESUMO: *Este artigo tem como objetivo principal analisar criticamente o ensino jurídico atual, propondo mudanças que possam, de fato, adequar o ensino do Direito às diretrizes para a educação superior e, sobretudo, do respectivo curso, visando a formar profissionais com uma visão não-dogmática, não-estagnada e não-fragmentada do Direito. Para tanto, foi realizada, no que diz respeito às fontes, uma pesquisa qualitativa, exclusivamente, bibliográfica, por meio da leitura e interpretação de livros, artigos disponíveis na internet e legislação educacional; bem como, em relação ao método interpretativo, foi utilizado o dedutivo e o dialético. Em relação à estrutura, o desenvolvimento deste estudo está organizado em duas etapas: 1) a primeira trata do ensino jurídico no Brasil, analisando a Resolução n° 9/CNE, de 29 de setembro de 2004, que estabelece as diretrizes para o referido curso; 2) a segunda faz uma reflexão crítica do ensino jurídico no Brasil hoje, destacando suas particularidades nos mais diversos aspectos didáticos, e aponta uma série de medidas e propostas visando à adequação do ensino jurídico às diretrizes para a educação superior e, mormente, da referida Resolução.*

PALAVRAS-CHAVE: *ensino superior; diretrizes educacionais; curso de Direito.*

ABSTRACT: *This article aims to critically analyze the current legal education, proposing changes that may in fact suit the teaching of law to the guidelines for higher education and, above all, of their course aimed to train professionals with a non-dogmatic view not stagnant and non-fragmented law. Thus, it was held, with regard to the sources, a qualitative research exclusively literature through the reading and interpretation of books, articles available on the Internet and educational legislation; and, in relation to the interpretive method was used deductive and the dialectic. Regarding the structure, the development of this study is organized in two stages: 1) the first is the legal education in Brazil, analyzing Resolution 9 / CNE of 29 September 2004 laying down guidelines for that course; 2) the second is a critical reflection of legal education in Brazil today, highlighting its peculiarities in various educational aspects, and points out a number of measures and proposals to the adequacy of legal education guidelines for higher education, and especially of that Resolution.*

KEYWORDS: higher education; educational guidelines; law course.

³⁴Artigo aprovado pela banca examinadora do curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Formação de Professores para Educação Superior Jurídica pela Universidade Anhanguera – Uniderp, em convênio com a Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes – LFG, como exigência parcial para obtenção do grau de Especialista, orientado pela professora Ma. Ana Luiza Azevedo Fireman.

INTRODUÇÃO

Atualmente, o curso de graduação bacharelado em Direito tem suas diretrizes curriculares delineadas pela Resolução nº 9, de 29 de setembro de 2004, segundo a qual os profissionais jurídicos devem ter um perfil não meramente de aplicadores da lei, mas de “pensadores do Direito” ou construtores do saber jurídico, com uma visão não-dogmática do Direito, mas uma visão holística, zetética e crítica, tanto em relação aos fenômenos sociais, como no que se refere à relação entre estes e o Direito, (re)pensando sua função e seu liame com o Estado e com o modelo social no qual estamos inseridos, e a manutenção do *status quo*. Mais que isso: profissionais com competência e habilidades para ressignificar o conhecimento técnico-científico jurídico por meio da pesquisa e da hermenêutica, de maneira a atuar como agentes capazes de intervir no tecido social, transformando a sociedade.

No entanto, em que pese as respectivas diretrizes, o ensino jurídico parece, ainda, estar preso a uma metodologia tradicional, não raras vezes autoritária, restrita somente a um repasse de conteúdos estabelecidos por meio do monólogo e de aulas expositivas, sem levar o aluno a uma reflexão crítica do conhecimento e do próprio Direito, e de forma dissociada da pesquisa e da extensão, limitando-se a um ensino mecânico, fragmentado e distante da realidade social.

Diante dessas premissas, este artigo tem o objetivo principal de analisar criticamente o ensino jurídico atual, propondo mudanças que possam, de fato, adequar o ensino do Direito às diretrizes para a educação superior e, sobretudo, do respectivo curso, visando a formar profissionais com uma visão não-dogmática, não-estagnada e não-fragmentada do Direito, ou seja, pensadores e construtores do conhecimento jurídico. Acreditamos, com isso, que possamos contribuir para uma reflexão crítica sobre o ensino do Direito nas faculdades brasileiras, abrindo espaço para um debate sobre vários aspectos relacionados às metodologias de ensino, de avaliação, bem como a realização de atividades e projetos de pesquisa e extensão.

Para tanto, será realizada, no que diz respeito às fontes, uma pesquisa qualitativa, exclusivamente, bibliográfica, por meio da leitura e interpretação de livros, artigos disponíveis na internet e legislação educacional; bem como, em relação ao método interpretativo, será utilizado o dedutivo e o dialético.

1 DAS DIRETRIZES PARA O ENSINO JURÍDICO HOJE

Como cedição, as concepções liberal-individualistas nortearam a trajetória dos principais movimentos sociais que resultaram na independência política da sociedade brasileira, e forneceram, por conseguinte, os mesmos ingredientes que fundaram os cursos jurídicos no Brasil, na primeira metade do século XIX. Nesse sentido, em sua trajetória, os cursos de Direito restringiram-se a uma visão positivista-legalista do fenômeno jurídico, consolidando uma postura pedagógica marcada pela memorização dos textos legais, com pouca abordagem crítico-reflexiva.

Assim, abriu-se um abismo entre o ensino jurídico e a ciência do Direito, deixou-se de ensinar numa perspectiva epistemológica e filosófica, tornando a aprendizagem um processo mecânico e descontextualizado; deixou-se (e ainda se deixa) de ensinar o Direito e a Justiça para ensinar a lei. Verificamos, assim, uma crescente redução de uma perspectiva social do Direito. (OAB, 1996).

Nessa conjuntura, os cursos de Direito no Brasil alicerçaram suas práticas de ensino num modelo de qualidade questionável, distanciado da realidade social concreta, permanecendo os acadêmicos e juristas retidos em realidades conceituais metafísicas e que passaram a constituir o seu parâmetro de atuação profissional. (BRITTAR, 2001). Percebemos, ainda, uma influência significativa de uma visão racionalista fruto da ciência positivista, com seus paradigmas fundamentados no universalismo da razão, por meio de uma abordagem transcendental do mundo e uma metafísica natural, arraigada às leis da natureza.

Esse distanciamento entre Direito e as condições materiais da realidade social é questionada pelo jurista Streck, que estabelece uma relação com o ensino jurídico, que seria, na ótica do autor, a raiz desse processo de isolamento do Direito, que ele denomina de “cultura estandardizada”:

Ocorre, assim uma ficcionização do mundo jurídico, como se a realidade social pudesse ser procustianamente aprisionada / moldada / explicada através de verbetes e exemplos com pretensões universalizantes. Alguns beiram o folclórico, como no caso da explicação do “estado de necessidade” constante no art. 24 do Código Penal, não sendo incomum encontrar professores (ainda hoje) usando o exemplo do naufrago em alto-mar, em que duas pessoas (Caio e Tício, personagens comuns nas culturas dos manuais) “sobem em uma tábua”, e na disputa por ela, um deles é morto (em estado de necessidade, uma vez que a tábua suportava apenas o peso de um deles...!). Cabe, pois a pergunta: por que o professor (ou o manual), para explicar a excludente do estado de necessidade, não usa um exemplo do tipo: ‘menino pobre entra em Supermercado Carrefour e subtrai um pacote de bolacha a mando de sua mãe, que não tem o que comer em casa?’. Mas isto seria exigir demais da dogmática tradicional. *Afinal de contas, exemplos desse tipo*

aproximariam perigosamente a ciência jurídica da realidade social...!
(Grifos do autor). (STRECK, 2005, p. 85).

Percebemos que o autor tece críticas à dogmática tradicional jurídica e ao distanciamento entre Direito e realidade social, e relaciona tais fenômenos à forma como este é ensinado e interpretado na sala de aula. Ora, são muitos os questionamentos subjacentes ignorados no ensino do Direito: a quem interessa que exemplos como o que ele mencionou, do menino que furtou um pacote de bolacha por estado de necessidade, não sejam explorados em sala de aula; a quem interessa o próprio distanciamento entre Direito e realidade social; quais as causas materiais e históricas desse distanciamento; a relação entre o Direito e estas condições reais adversas; qual papel do Direito nesse contexto; a relação entre Direito e ideologia na manutenção do *status quo*.

Nesse sentido, o Direito foi consideravelmente reduzido nas salas de aula a uma visão mecanicista, fragmentada e metafísica, sem verificar os entrelaçamentos ideológicos entre Direito, Estado e ordem econômica e social, a partir de uma visão dogmática e acrítica do Direito e da legislação.

Assim, o ensino jurídico permanecia restrito a um modelo discursivo centrado na figura do professor, sob a concepção de que “bastam professores, alunos, códigos, manuais, salas de aula e um repertório de modelos práticos de processos juridicamente exemplares, para a realização da formação jurídica do aluno.” (GHIRARDI; FEFERBAUM, 2013).

Esse modelo de ensino jurídico acabou por desembocar numa crise que teve seu apogeu entre os anos oitenta e noventa. (MARTÍNEZ, s/d). Como consequência, o operador jurídico não conseguia ir além das práticas advocatícias “manualescas”, não estando preparado para enfrentar os conflitos de uma sociedade que, historicamente, é marcada por contradições sociais, pela desigualdade, pela adversidade cultural, por um abismo social que deixa milhares de brasileiros à margem da cidadania e da democracia, suscitando conflitos para os quais a lei, por si só, é normalmente insuficiente.

Dessa forma, com o desiderato de reverter essa crise e reformular o ensino jurídico, foi revogada a Portaria Ministerial n. 1.886/94, que delineava os cursos jurídicos até então, surgindo, assim, as novas diretrizes curriculares para os cursos de Direito a partir da Resolução n. 9 do Conselho Nacional de Justiça (CNE), de 29 de setembro de 2004. O objetivo foi estabelecer um padrão de qualidade para o ensino jurídico, com outros paradigmas, atacando a massificação desqualificada meramente reprodutiva e legalista que até então estava sendo praticada, e que vinha imprimindo uma série de características aos

profissionais jurídicos não mais desejadas, diante do novo momento sócio-político-econômico vivido no país, a consolidação e o amadurecimento da democracia brasileira.

A referida Resolução definiu os seguintes componentes curriculares obrigatórios para integralização do curso de Direito: a) disciplinas, b) atividades complementares, c) estágio simulado e real no Núcleo de Prática Jurídica – NPJ e d) Trabalho de curso – TC. O objetivo é formar profissionais de Direito com um perfil não meramente técnico, mas com visão crítica e humanística, preparados para atuar como agentes promotores da cidadania, consoante podemos constatar da leitura do art. 3º da Resolução n. 9/CNE:

Art. 3º. O curso de graduação em Direito deverá assegurar, no perfil do graduando, sólida formação geral, humanística e axiológica, capacidade de análise, domínio de conceitos e da terminologia jurídica, adequada argumentação, interpretação e valorização dos fenômenos jurídicos e sociais, aliada a uma postura reflexiva e de visão crítica que fomente a capacidade e a aptidão para a aprendizagem autônoma e dinâmica, indispensável ao exercício da Ciência do Direito, da prestação da justiça e do desenvolvimento da cidadania.

Para tanto, com relação às disciplinas, estas foram separadas em três eixos de formação: 1) fundamental; 2) profissional e 3) prático. Algumas disciplinas e conteúdos foram inseridos como obrigatórios, além das matérias de praxe do curso estabelecidas pelas diretrizes anteriores.

No que tange às atividades complementares, estas devem contemplar não somente atividades acadêmicas e extraclasse, como visitas técnicas, palestras, seminários etc., mas projetos de pesquisa e extensão. Quanto ao estágio no NPJ, este deve ser realizado por meio de atividades de simulação e práticas reais, por meio da redação de peças jurídicas nas suas mais diversas realidades de atuação, tanto em sede de primeiro grau (petição, contestação etc.), como de segundo grau (apelação, contrarrazões, dentre outras); bem como deve contemplar atividades de conciliação, mediação e arbitragem. No que diz respeito ao Trabalho de Curso - TC, este deve ser elaborado individualmente e deve privilegiar a produção/ressignificação do conhecimento jurídico, de forma a desenvolver no futuro profissional habilidades para a atividade da pesquisa e da hermenêutica jurídica.

Nesse sentido, as principais mudanças estão relacionadas a uma formação jurídica construída não somente a partir de aulas, mas, também, por meio de atividades de pesquisa e extensão, bem como através da inserção de conteúdos e disciplinas de caráter zetético ou não-dogmático no eixo fundamental – ou propedêutico, o qual, consoante dispõe o inciso I do art. 5º da Resolução CNE/CES nº 09/2004, tem por objetivo integrar o estudante no campo, estabelecendo as relações do Direito com outras áreas do saber, abrangendo, dentre outros,

“estudos que envolvam conteúdos essenciais sobre *Antropologia e Direito, Ciência Política, Economia, Ética, Filosofia, História, Direitos Humanos, Psicologia e Sociologia*”, visando a uma formação zetética.

A inclusão de conteúdos essenciais de Antropologia, a exemplo, traz uma contribuição no sentido de proporcionar um “olhar” científico sobre o homem e suas complexidades, sendo, pois, um instrumento fundamental na compreensão da relação dialética e confluyente entre os fenômenos culturais e o Direito, conduzindo o discente à reflexão crítica diante dos padrões, estereótipos e discursos ideológicos. Já a Sociologia faz a interface necessária para composição de uma análise do Direito de caráter ontológico, verificando sua relação com o Estado, a sociedade e suas desigualdades e contradições, os meios de produção e a economia numa perspectiva holística. (ASSIS; KRÜMPEL, 2011).

Dessa forma, constatamos que a Resolução n.9/CNE trouxe alterações significativas em relação às diretrizes para o curso de Direito, visando a despertar nos futuros profissionais da área um olhar menos individualista, uma perspectiva coletiva, formando, ou melhor, tentando formar profissionais com perfil humanístico, socialmente responsáveis. Porém, a referida Resolução não tratou, em seu texto, das metodologias de ensino, das concepções pedagógicas e didáticas que passariam, com as novas diretrizes, a nortear o ensino jurídico, bem como acerca da formação dos professores e seus regimes de contratação, deixando, a nosso ver, uma imensa lacuna entre o perfil de profissional idealizado e o que, de fato, tem ingressado no mercado de trabalho.

2 ENSINO JURÍDICO HOJE: ANÁLISE CRÍTICA E PROPOSTAS

2.1 O ENSINO JURÍDICO HOJE: DEZ ANOS APÓS A RESOLUÇÃO Nº 9/CNE

Passados 10 anos de vigência da Resolução nº 9/CNE, fazendo uma análise do ensino jurídico nos dias atuais, ainda nos deparamos com práticas tradicionais de ensino, marcadas pelo monólogo e por uma postura, não raras vezes, autoritária por parte do professor, que ainda se coloca como detentor do saber, e de um saber posto e imposto sem conexão com a realidade social. Streck (2005, p. 82), em sua obra **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**, dispara acerca do ensino jurídico uma série de críticas:

com efeito, o ensino jurídico continua preso às velhas práticas. Por mais que a pesquisa jurídica tenha evoluído a partir do crescimento do número de programas de pós-graduação, estes influxos reflexivos ainda estão distantes das salas de aula dos cursos de graduação, não se podendo olvidar, nesse

contexto, que o crescimento da pós-graduação é infinitamente inferior à explosão do número de faculdades instaladas nos últimos anos.

O autor aponta uma relação entre uma crise do próprio Direito, sobretudo no processo interpretativo, e uma crise do ensino jurídico, reconhecendo nas salas de aula do curso de Direito, ainda, uma visão essencialmente positivista e dogmática dos fenômenos jurídicos alimentada por uma prática docente restrita, muitas vezes, à memorização de exemplos cristalizados em manuais:

a cultura calcada em manuais, muitos de duvidosa cientificidade, ainda predomina na maioria das faculdades de Direito. Forma-se, assim, um imaginário que “simplifica” o ensino jurídico, a partir da construção de standards e lugares comuns, repetidos nas salas de aula e posteriormente nos cursos de preparação para concursos, bem como nos fóruns e tribunais. Essa cultura alicerça-se em casuísmos didáticos. O positivismo ainda é a regra. A dogmática jurídica trabalhada nas salas de aula [...] considera o Direito como sendo uma mera racionalidade instrumental. Em termos metodológicos, predomina o dedutivismo, a partir da reprodução inconsciente da metafísica relação sujeito-objeto. Nesse contexto, o próprio ensino jurídico é encarado como uma terceira coisa, no interior da qual o professor é um outsider do sistema. (STRECK, 2005, p. 83).

Ou seja, trata-se de uma crise no ensino jurídico provocada não somente pelos métodos didáticos em si, mas pelas concepções gnosiológicas acerca do próprio Direito que estão por trás do ensino, que orientam, conscientemente ou não, o trabalho e a postura do professor, na escolha do material, dos exemplos, nas concepções ou reflexões (ou na falta delas) que suscita em sala de aula, E assim, a doutrina cada vez menos é estudada, e pior:

a doutrina que sustenta o saber jurídico resume-se a um conjunto de comentários resumidos de ementários de jurisprudência, desacompanhados dos respectivos contextos. Cada vez mais, a doutrina doutrina menos; isto é, a doutrina não mais doutrina; é, sim, doutrinada pelos tribunais. (STRECK, 2005, p. 83).

Nesse sentido, a sala de aula permanece numa lógica cíclica de reprodução do conhecimento, sem a quebra dos paradigmas positivistas que restringiram a atuação no Direito a uma concepção metafísica e individualista dos fenômenos sociais e jurídicos, alimentada, em parte, por uma hermenêutica limitada à razão dedutiva, técnica e instrumental, e sem aprofundamento epistemológico, sem cientificidade:

a hermenêutica praticada nas salas de aula continua absolutamente refratária ao giro linguístico [...]; em regra, continua-se a estudar os métodos tradicionais de interpretação (gramatical, teleológico etc.), como se o processo de interpretação pudesse ser feito em partes ou em fatias. A teoria do Estado, condição de possibilidade para o estudo do Direito Constitucional (para ficar nesta disciplina fundamental, que, aliás, não ocupa, na maioria

dos cursos, mais do que dois semestres, não vem acompanhada da necessária interdisciplinaridade. (STRECK, 2005, p. 83).

E o autor arremata:

em síntese: é preciso compreender [...] que a crise do ensino jurídico é, antes de tudo, uma crise do Direito, que na realidade é um crise de paradigmas, assentada em uma dupla face: uma crise de modelo e uma crise de caráter epistemológico. De um lado os operadores do Direito continuam reféns de uma crise emanada da tradição liberal-individualista-normativista (e iluminista, em alguns aspectos); [...]. O resultado dessa(s) crise(s) é um Direito alienado da sociedade, questão que assume foros de dramaticidade se compararmos o texto da Constituição com as promessas da modernidade incumpridas.

Streck escreveu o livro **Hermenêutica Jurídica e(m) crise** na década de 90, ou seja, antes da Resolução em análise, porém, na última edição do livro, que foi publicada este ano de 2015, o autor manteve seu texto inalterado, alegando que suas críticas em relação ao ensino jurídico permanecem atuais. De fato, não houve mudanças concretas ou substanciais no ensino jurídico com as novas diretrizes de 2004, e hoje vários autores no Brasil têm-se dedicado ao estudo/problematização do ensino jurídico, dentre eles podemos mencionar alguns nomes de destaque, como Tercio Sampaio Ferraz Junior, Sergio Rodrigo Martinez, Eduardo C. B. Bittar, Luiz Flávio Gomes, Marina Feferbaum, José Garcez Ghirardi, Nathalie de Paula Carvalho, dentre outros.

Visitando os textos desses autores, constatamos, com algumas variações, as mesmas críticas apontadas por Streck, confirmando o fato de que, ainda hoje, o ensino jurídico se encontra estagnado em metodologias e concepções ultrapassadas. Para Gomes (s/d), “o ensino jurídico no nosso país acha-se submetido a pelo menos três crises: (a) científico-ideológica, (b) político-institucional e (c) metodológica”.

A crise científico-ideológica, como vimos, também foi apontada por Streck, e está relacionada ao fato de que, no Brasil, a implantação dos cursos de Direito está, como verificamos na primeira etapa deste estudo, vinculada, exclusivamente, às ideias liberais individualistas, bem como às concepções gnosiológicas positivistas, que concebem e analisam os fenômenos sociais com os mesmos pressupostos das ciências naturais, construindo, por conseguinte, uma visão metafísica, transcendental, dogmática e unilateral do Direito.

O professor-jurista, ao elaborar ou professar teorias, limita-se à exegese do Direito posto, recusando-lhe a crítica e apresentando aos alunos um sistema pronto e acabado, supostamente harmônico, que possuiria todas as respostas jurídicas possíveis. Não orienta seus alunos a buscar o porquê daquelas determinações legais ministradas. Essas abstrações não só levam a um

progressivo distanciamento da realidade, mas também a uma fórmula positivista reducionista. (CARVALHO, s/d).

Nesse sentido, essa crise científico-ideológica do Direito, conseqüentemente, traz implicações significativas para o próprio ensino, pois, obviamente, os métodos utilizados, os exemplos, as teorias e concepções trabalhadas em sala de aula são norteados pela visão que o professor tem de seu objeto de estudo:

a distância (abismal) entre a prevista metodologia do ensino jurídico e a realidade fica mais do que evidenciada quando vemos a artificialidade de muitos dos problemas jurídicos enfocados em salas de aula ou em concursos públicos. Aliás, já a forma bizarra e grotesca de apresentação deles (Semprônio tinha inequívoca intenção de matar Caio, que morava na Tanzânia em companhia de um bebê de profeta chamado Tício, que nasceu no mesmo dia que Mévio...) revela o quanto se afastam da vida comum dos mortais. (GOMES, s/d).

Ora, como cedo, uma concepção meramente dogmática/legalista do Direito não dá, ao profissional da área, a formação propedêutica e epistemológica necessária para uma compreensão e análise crítica/reflexiva da sociedade e das questões jurídicas e, principalmente, para o complexo exercício da hermenêutica, em que a lógica simplista da subsunção não dá cabo da grande maioria dos conflitos apresentados hoje ao profissional:

o ensino jurídico não tem conseguido acompanhar as transformações sociais, políticas e econômicas pelas quais o país tem passado, dentre outros motivos porque o tempo do Direito é muito mais lento que o tempo da sociedade, e o ensino do Direito tem sido conduzido de forma excessivamente legalista e formalista, sem instrumentos de compreensão da realidade dinâmica da sociedade. (ALMEIDA, 2013).

Já a crise institucional a que se refere Luiz Flávio Gomes, e que também influencia na má qualidade do ensino, está relacionada às condições precárias das Instituições de Ensino Superior – IES no Brasil, à “proliferação” dos cursos de Direito, ao aumento desenfreado do número de alunos, à pouca base com que estes chegam na graduação. Salas superlotadas, livros defasados na biblioteca, alunos com dificuldade de leitura e produção textual são alguns dos obstáculos encontrados por quem se aventura a lecionar nos cursos de Direito:

a estruturação pedagógica atrasada, as aulas ministradas em salas lotadas, a pouca exigência acadêmica condenam esses cursos ao papel de formadores de despachantes, que operam periféricamente com as normas, usando seu fraco bom senso, já que não tratam os comandos normativos com um mínimo de rigor. Essa fragilidade dos cursos faz com que seus professores só trabalhem com textos, no máximo referidos às vivências pessoais dos docentes, tudo isso iluminado pelas poucas velas de doutrinas ultrapassadas e preconceitos camuflados. (AGUIAR apud CARVALHO, s/d).

Assim, o alerta quanto à precariedade do ensino jurídico vem de vários lados, e é, hodiernamente, foco de muitas discussões e debates. Como verificamos, são várias as causas: de caráter epistemológico, ideológico, metodológico/pedagógico e institucional:

o ensino jurídico precisa ser repensado. Por ser um processo que provoca mudanças de mentalidade e reflexos sociais, econômicos, políticos, ressalta-se a importância desse processo vital para o desenvolvimento humano. Cada vez mais saem dos bancos acadêmicos profissionais do Direito sem as mínimas condições para o exercício das habilidades em relação às quais o curso propõe-se a capacitar. Certamente que não se conseguirá superar os graves problemas que afetam a sociedade e, mesmo havendo uma profunda reformulação no sistema educacional, este sempre refletirá as relações que são mantidas na tessitura social. Ensinar o Direito não significa simplesmente reproduzir os dogmas, as teorias, a letra da lei. Ao contrário: a função principal do professor é problematizar a realidade que o cerca e aos seus alunos, para, calcado nesta premissa, apontar caminhos para a construção de um Direito promotor de verdade e de justiça. (CARVALHO, s/d).

Destarte, indubitavelmente, o ensino jurídico necessita de alterações substanciais que devem passar por uma reformulação que vai além da Resolução nº9/CNE e envolve, como constatamos, vários fatores. A seguir, trataremos outras reflexões juntamente com algumas propostas de mudanças.

2.2 CONCEPÇÕES PEDAGÓGICAS E EPISTEMOLÓGICAS: EXPLORANDO A RAIZ DO PROBLEMA

Hoje, a partir das reflexões suscitadas na Pedagogia, a concepção de aprendizagem fora reconstruída: aprender não significa mais memorizar, mas pressupõe um conjunto de competências e ações: apreender, compreender, sistematizar, sintetizar e posicionar-se criticamente diante do conteúdo. Para tanto, o conhecimento deve ser trabalhado na sala de aula por meio de um processo no qual o aluno seja sujeito ativo e participativo, por meio de experiências através das quais deve, o aluno, pensar o conteúdo e o conhecimento, posicionando-se diante deles.

Nesse processo, o professor não é alguém que repassa um conteúdo que simplesmente necessita ser absorvido; mas é um orientador que conduz o processo ensino-aprendizagem por meio do diálogo, que promove experiências por intermédio das quais o aluno descobre e constrói o conhecimento, aprendendo, portanto, a aprender, tornando-se sujeito participativo do processo, pensando e ressignificando o conhecimento.

Mesmo com essas concepções pedagógicas contemporâneas, ainda hoje, como já registrado, o processo de ensino-aprendizagem no Direito foi reduzido a uma atividade de memorização e repasse de conceitos prontos e estagnados. O aluno não pensa(va) o conteúdo, a ele não lhe era/é dada a oportunidade de questionar, de refletir sobre o conhecimento, mas simplesmente a ele era/é imposto o dever de memorizar e reproduzir teorias e conceitos estabelecidos.

Assim, o ensino jurídico deve e necessita passar por um processo de ressignificação, perdendo a centralização no Direito positivo, deixando de se limitar a um processo de reprodução, devendo ser construído a partir do método dialogal, do qual o aluno participa como agente ativo em sua formação profissional, pensando o conhecimento, refletindo e posicionando-se criticamente por meio de experiências e desafios focados em situações-problema coadunados com a realidade social.

Assim, de nada adianta a Resolução nº 9/CNE estabelecer novos conteúdos de formação propedêutica e privilegiar, além do ensino, atividades de pesquisa e extensão, se a metodologia de ensino permanece a mesma de décadas e décadas atrás; se a tendência é o professor de hoje reproduzir a aula do professor que teve nos bancos da escola de ontem, até porque, na maioria das vezes, é seu único parâmetro didático, já que a maior parte dos docentes do curso de Direito é bacharel.

Chegamos aqui a um ponto essencial que não pode ser esquecido em se tratando de ensino jurídico: com raras exceções, a maioria dos professores que lecionam nos cursos de Direito não tem formação em licenciatura, mas em bacharelado. O que isto significa? São docentes que não estudaram as teorias e concepções pedagógicas, que não cursaram disciplinas essenciais como Didática, Psicologia da Educação, Métodos de Avaliação, dentre outras; não refletiram acerca dos pressupostos teóricos inerentes ao processo cognitivo, como concepção de aprendizagem, métodos cognitivos etc. Ou seja: são professores que não foram preparados para ser professores, para lecionar!

Nesse sentido, como sugestão ou proposta, consideramos fundamental inserir, como condição para lecionar nos cursos de Direito, que o professor que não possui licenciatura faça um curso em nível de pós-graduação em didática, didática do ensino superior ou outro similar na área de educação. Só assim terá condições de orientar suas atividades docentes em consonância com as vertentes pedagógicas contemporâneas; só assim poderá ter, em relação às suas práticas, uma visão crítica, analisando quais concepções estão por trás de sua postura como professor, fazendo suas escolhas de forma consciente, explorando outras metodologias de ensino, como o construtivismo, método indutivo, dialogal etc.

Além dessas questões pedagógicas, uma reformulação concreta do ensino jurídico passa também, como vimos, por questões epistemológicas e ideológicas. Acerca disso, Almeida e Souza reconhecem uma preocupação na Resolução nº 9/CNE no sentido de ressignificar a visão essencialmente legalista e metafísica que sempre permeou os cursos de Direito, quando no eixo de formação inseriu importantes conteúdos de cunho zetético e holístico, como antropologia, sociologia, filosofia, psicologia etc.: “a clássica distinção entre zetética e dogmática jurídica foi um dos nortes das mudanças introduzidas na organização do ensino jurídico brasileiro, buscando superar a distância entre o Direito e a realidade”. (ALMEIDA; SOUZA; CAMARGO, 2013, p.19). Porém, constatamos que tais conteúdos ainda são ministrados de forma instrumental, sem conexão com o Direito e com a realidade social, limitando-se, muitas vezes, à memorização de correntes do pensamento, sem interdisciplinaridade:

também é possível dizer o mesmo do estudo de Ciência Política e Teoria do Estado. O ensino de conteúdos de Filosofia Política clássica se dá, muitas vezes, de forma deslocada de sua efetiva contribuição para os conceitos modernos de Estado e da política, explorando, em geral, divisões esquemáticas entre escolas de pensamento e de autores. Isso faz, por exemplo, com que a teoria da separação de poderes seja vista como uma contribuição original, pura e intocada da obra de Montesquieu, quando, na verdade, não é. Vale dizer o mesmo para o estudo das instituições políticas: por exemplo, o ensino dos sistemas políticos (parlamentarismo e presidencialismo), em geral, explora suas diferenças e seus desenhos formais teóricos, sem dar maior atenção às peculiaridades e à prática do chamado “presidencialismo de coalizão” brasileiro – um sistema presidencialista de separação formal entre os Poderes Executivo e Legislativo, mas que opera em uma lógica real de construção de maiorias estáveis e suporte legislativo ao governo, semelhantes às coalizões do sistema parlamentarista. (ALMEIDA; SOUZA; CAMARGO, 2013, p. 22).

Obviamente, não há dúvida quanto à importância das disciplinas profissionalizantes para a formação do profissional do Direito, mas o estudo da dogmática jurídica, por si só, está longe de ser suficiente:

as disciplinas dogmáticas são importantes porque fundamentam o Direito positivo, mas elas sozinhas não desenvolvem o senso crítico e o raciocínio do jurista, visto que ele, quando restrito à dogmática, acaba ficando preso ao texto da lei. Tradicionalmente, o ensino do Direito sempre deu um peso maior às disciplinas dogmáticas e, quando propôs a introdução de disciplinas zetéticas, o fez sem maior preocupação de articulação com a dogmática, muitas vezes em uma clara hierarquização de saberes nos quais os conteúdos dogmáticos eram priorizados. (ALMEIDA; SOUZA; CAMARGO, 2013, p. 20).

O cerne da questão está no fato de que, normalmente, o professor que ministra as disciplinas propedêuticas é licenciado em Ciências Sociais, Filosofia etc., ou seja, tem

formação pedagógica, o que é bom, mas, em contrapartida, não possui formação jurídica e, por conseguinte, não tem o conhecimento necessário para fazer a ponte entre a disciplina a qual ministra e o Direito. Assim, geralmente, os conteúdos de tais disciplinas, de relevância fundamental, são dados de forma descontextualizada e distante da dogmática e da prática jurídica, limitando-se a um repasse de conteúdos desconectados com o universo jurídico, sem propiciar o olhar crítico sobre o Direito, sem problematizá-lo.

Ademais, além do fato de, na maioria das vezes, essas disciplinas serem ministradas sem a devida ponte com o Direito, o princípio da interdisciplinaridade, estabelecido pela Resolução nº9/CNE, com raras exceções, não é colocado em prática. Não é difícil identificar as causas dessa ausência de interdisciplinaridade: para sua concretude, seria necessário um corpo docente contratado, em sua grande maioria, em regime de Tempo Parcial – TP e Tempo Integral – TI, viabilizando mais tempo de dedicação ao curso por parte dos professores; o que, na realidade fática, não ocorre, pois os docentes, nas faculdades privadas, são, normalmente, contratados em regime horista.

Ora, o professor em regime horista vai à faculdade, cumpre seu horário de sala de aula e, muitas vezes, sai de uma faculdade para outra às pressas. Ou seja, não há tempo para reuniões pedagógicas com os demais professores de forma a planejar projetos e atividades interdisciplinares, nem muito menos tempo para concretizá-los. Consequentemente, os professores não participam das atividades de pesquisa e extensão, diretriz, como vimos, também estabelecida pela Resolução nº9/CNE, e não conduzem/realizam atividades acadêmicas e projetos, fazendo uma interlocução entre sua disciplina e as demais; os temas transversais obrigatórios, como Direitos Humanos e Sustentabilidade Ambiental, não são trabalhados em sala de aula numa perspectiva holística, conforme determinam as diretrizes do Ministério da Educação – MEC.

Mesmo a ênfase dada às disciplinas “zetéticas” pelas Diretrizes Curriculares Nacionais (replicada, por exemplo, pela Ordem dos Advogados do Brasil, que as vem incluindo em seu Exame de Ordem) não parece ser suficiente para mudar o panorama. Os cursos jurídicos, em geral, têm a grade curricular engessada, reproduzindo na forma de disciplinas estanques os conteúdos exigidos pelas Diretrizes em uma perspectiva interdisciplinar. Com isso, “isolam” as disciplinas que poderiam potencializar a compreensão crítica e interdisciplinar do Direito (a Sociologia, a Filosofia, a Economia etc.), atribuindo a elas carga horária reduzida, em geral alocadas nos primeiros semestres do curso, sem maior integração com as demais disciplinas especificamente jurídicas. Veja-se, por exemplo, o caso da Sociologia (em alguns cursos desdobrada em Sociologia Geral e Sociologia Jurídica): não há tempo para estudos aprofundados de Marx, Weber, Durkheim),[...]; além disso, essa disciplina raramente aborda a sociologia brasileira [...]. Mais do que isso, o aluno tem enorme dificuldade em conectar, por exemplo, a abordagem sociológica do capitalismo, da divisão social do trabalho e da

dominação, de um lado, com os conteúdos específicos de Direito das Obrigações e dos Contratos, do Trabalho e do Consumidor [...]. (ALMEIDA; SOUZA; CAMARGO, 2013, p. 22).

Nesse sentido, o ensino jurídico termina por limitar-se a um repasse da dogmática jurídica de forma estanque, descontextualizada, unilateral, fragmentada e engessada, pois, sem o olhar problematizador das disciplinas zetéticas, o Direito se resume a uma ordem normativa, como uma realidade paralela, distante do cotidiano e insuficiente para dirimir os conflitos da sociedade atual em toda sua complexidade.

Ideal seria se as disciplinas que compõem o eixo de formação fundamental/zetética fossem ministradas em interlocução umbilical com a prática jurídica e com as disciplinas do eixo profissional/dogmática, possibilitando ao aluno uma análise crítica e epistemológica do próprio Direito a partir de diversos vieses teóricos, desconstruindo as concepções e paradigmas do senso comum, trazendo uma visão não somente da perspectiva liberal, mas de outros ângulos de observação, outros olhares epistemológicos e ideológicos. Ideal seria levar, na sala de aula, o aluno a estabelecer uma conexão entre o Direito, realidade social e a ordem econômica, entre Direito e Estado, entre Direito e as ideologias vigentes que mantêm o *status quo*.

Para tanto, é necessário adotar algumas mudanças: a) capacitar os professores que atuam no eixo de formação fundamental para que façam a ponte necessária com o Direito, já que a maioria, como dito, não tem formação jurídica; b) exigir das faculdades a adoção de regime de contratação TP e TI em relação a, pelo menos, 70% do corpo docente; c) exigir para os professores exclusivamente bacharéis curso de pós-graduação *lato sensu* na área de Educação/Pedagogia/Didática; d) integrar efetivamente o corpo docente aos objetivos e diretrizes do curso, levando-os à concretização de atividades e projetos interdisciplinares, sobretudo mantendo a interlocução necessária entre as disciplinas zetéticas e dogmáticas; e) implantar uma metodologia de ensino em sintonia com as orientações pedagógicas contemporâneas elucidadas anteriormente; f) ofertar cursos de nivelamento para o corpo discente, de maneira a atenuar as dificuldades de base com que chegam às faculdades.

Ademais, é fundamental despertar no graduando habilidades e aptidões para o processo de reconstrução e reciclagem do saber científico, e dentre essas habilidades, está a denominada “sensibilidade social.” Nesse sentido, extensão e pesquisa são atividades que caminham coadunadas, numa relação confluyente e dialética. A pesquisa se alimenta da Extensão, uma vez que por intermédio desta a comunidade universitária percebe as carências e demandas sociais; a extensão, por seu turno, se alimenta da Pesquisa, já que por meio desta

a comunidade universitária também traz um retorno para a sociedade através de respostas para as problemáticas identificadas.

Em razão disso, a Resolução nº9/CNE, como vimos, definiu diretrizes para os cursos de Direito centradas na não separação entre esses três eixos da educação, visando a despertar no futuro profissional jurídica responsabilidade social, para que atue como agente transformador e promotor da cidadania, bem como com habilidade e competência para ressignificar o conhecimento e o discurso ideológico jurídico, de forma que não se limite à aplicação da lei, à reprodução da dogmática, mas seja um pensador crítico do Direito.

Todavia, esse ideal ainda está muito distante da realidade dos cursos de Direito! Como já ressaltado, na maior parte das faculdades privadas, que predominam no cenário da educação superior no Brasil, os professores são contratados em regime horista. Como resultado disso, com poucas exceções, deparamo-nos com um corpo docente descomprometido com as atividades e projetos de pesquisa e extensão, seja por desconhecimento acerca do Projeto Pedagógico do Curso – PPC e das diretrizes da Resolução nº9/CNE, seja em razão da falta de tempo dentro da IES, e até mesmo do despreparo pedagógico e acadêmico, pois não é raro encontrar professor que desconhece o que vem a ser atividade de extensão, ou que nunca tenha realizado pesquisa.

Fato é que, dez anos após a vigência da Resolução nº9/CNE, o ensino jurídico ainda continua engessado, defasado, essencialmente dogmático, preso a uma visão unilateral e metafísica do Direito, distante da realidade social, marcado pelo monólogo e pela reprodução de conteúdos, ideias e ideologias a partir de aulas expositivas e desinteressantes: “deixa-se de ensinar o Direito e a justiça, para se ensinar a lei”. E enquanto não houver uma mudança nas bases do ensino jurídico, de cunho principalmente epistemológico e pedagógico, improvável é mudar esse contexto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como constatamos no decorrer deste artigo, a Resolução nº9/CNE, de 29 de setembro de 2004, trouxe novos conteúdos, sobretudo, para o eixo de formação fundamental, bem como também definiu diretrizes para os cursos de Direito centradas na não separação entre ensino, pesquisa e extensão, e na interdisciplinaridade, visando a formar profissionais jurídicos com perfil humanístico e zetético, com sensibilidade e responsabilidade social, para que atue como agente transformador e promotor da cidadania, bem como com habilidade e competência para

ressignificar o conhecimento e o discurso ideológico jurídico, de forma que não se limite à aplicação da lei, à reprodução da dogmática, mas seja um pensador crítico do Direito.

Todavia, como verificamos, esse ideal ainda está muito distante da realidade dos cursos de Direito. Na maior parte das faculdades, os professores são contratados em regime horista. Como resultado disso, com poucas exceções, deparamo-nos, como dito, com um corpo docente descomprometido com as atividades e projetos de pesquisa e extensão, seja por desconhecimento acerca do Projeto Pedagógico do Curso – PPC e das diretrizes da Resolução nº9/CNE, seja em razão da falta de tempo dentro da IES, e até mesmo do despreparo pedagógico e acadêmico, havendo, não raro, professor que ignora a natureza da atividade de extensão, ou que sequer tenha realizado pesquisa. Lógico que algumas instituições, forçadas, em boa parte, pelas exigências avaliativas do MEC, têm implantado atividades de pesquisa e extensão, mas são insuficientes quantitativo e qualitativamente falando, não chegam a trazer uma mudança substancial, funcionam mais como efeito paliativo, ou pior: “para inglês ver”.

Nesse sentido, o que predomina nos cursos de Direito ainda hoje é um ensino que se limita à sala de aula, a partir da reprodução de um saber não questionado, mas posto e imposto, através do monólogo, e de uma relação de autoridade entre professor e aluno, que reduz o papel deste a um mero expectador passivo da sua formação, sem autonomia. Professor e aluno presos a um sistema educacional defasado e viciado, que ainda se alimenta do velho “feijão com arroz”. A possibilidade de reformulação do ensino jurídico é mínima diante disso. De nada adianta estabelecer novas diretrizes senão houver uma mudança de base no ensino jurídico, uma reforma epistemológica, ideológica, pedagógica e institucional.

Assim, ideal seria se as disciplinas que compõem o eixo de formação fundamental/zetética fossem ministradas em interlocução umbilical com a prática jurídica e com as disciplinas do eixo profissional/dogmática, possibilitando ao aluno uma análise crítica e epistemológica do próprio Direito a partir de diversos vieses teóricos, desconstruindo as concepções e paradigmas do senso comum, trazendo uma visão não somente da perspectiva liberal, mas de outros ângulos de observação, outros olhares epistemológicos e ideológicos. Ideal seria levar, na sala de aula, o aluno a estabelecer uma conexão entre o Direito, realidade social e a ordem econômica, entre Direito e Estado, entre Direito e as ideologias vigentes que mantêm o *status quo*.

Para tanto, é necessário adotar algumas mudanças: a) capacitar os professores que atuam no eixo de formação fundamental para que façam a ponte necessária com o Direito, já que a maioria, como dito, não tem formação jurídica; b) exigir das faculdades a adoção de regime de contratação TP e TI em relação a, pelo menos, 70% do corpo docente; c) exigir

para os professores exclusivamente bacharéis curso de pós-graduação *lato sensu* na área de Educação/Pedagogia/Didática; d) integrar efetivamente o corpo docente aos objetivos e diretrizes do curso, levando-os à concretização de atividades e projetos interdisciplinares, sobretudo mantendo a interlocução necessária entre as disciplinas zetéticas e dogmáticas; e) implantar uma metodologia de ensino em sintonia com as orientações pedagógicas contemporâneas elucidadas anteriormente; f) ofertar cursos de nivelamento para o corpo discente, de maneira a atenuar as dificuldades de base com que chegam às faculdades.

Só assim, atacando a raiz do problema, é possível vislumbrar mudanças concretas no ensino jurídico.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Frederico; SOUZA, André Lucas Delgado; CAMARGO, Sarah Bria de. Direito e realidade desafios para o ensino jurídico. In: GHIRARDI, José Garcez; FEFERBAUM, Mariana (Orgs). **Ensino jurídico em debate**: reflexões a partir do 1º seminário Ensino Jurídico e Formação Docente. São Paulo: Direito GV, 2013.

ASSIS, Olney Queiroz e KRÜMPPEL, Vitor Frederico. **Manual de antropologia jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BITTAR, Eduardo C.B. **Direito e ensino jurídico**. Legislação educacional. São Paulo: Atlas, 2001.

BRASIL. **Lei de diretrizes e bases da educação** (1996). Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19394.htm>. Acesso em: 3 set. 2015.

_____. **Resolução nº 9 do Conselho Nacional de Educação** – CNE (2004). Disponível em: <portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/rces09_04.pdf> Acesso em: 3 set. 2015.

CARVALHO, Nathalie de Paula Carvalho. Uma análise do ensino jurídico no Brasil.

Disponível em:

<http://www.fa7.edu.br/recursos/imagens/File/direito/ic2/vi_encontro/Uma_analise_do_ensino_juridico_no_Brasil.pdf>. Acesso em: 3 de setembro de 2015.

GHIRARDI, José Garcez; FEFERBAUM, Mariana (Orgs). **Ensino jurídico em debate**: reflexões a partir do 1º Seminário Ensino Jurídico e Formação Docente. São Paulo: Direito GV, 2013.

GOMES, Luiz Flávio. A crise (tríplice) do ensino jurídico. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/29134-29152-1-PB.pdf>>. Acesso, 5 de setembro de 2015.

MARTÍNEZ, Sérgio Rodrigo. A evolução do ensino jurídico no Brasil. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/29074-29092-1-PB.pdf>.> Acesso em 3 set. 2015.

ORDEM dos Advogados do Brasil. **Ensino jurídico:** diagnóstico, perspectivas e propostas. 2. ed. Brasília; Conselho Federal da OAB, 1996.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

A ATUAÇÃO DO ESTADO NA EFETIVIDADE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE PROGRAMAS DE ABRIGOS INFANTO-JUVENIS EM ALAGOAS³⁵

Profa Ma. Sônia Maria Albuquerque Soares

Professora de Metodologia da Pesquisa Jurídica no Curso de Direito do Centro Universitário Cesmac; Assessora Acadêmica da Coordenação do Curso de Direito do Cesmac; Coordenadora do Centro Judiciário de Cidadania e Solução de Conflitos do Cesmac; Coordenadora do Projeto Piloto de Mediação Escolar em Escolas Públicas de Alagoas.

Elis Cristina Liberato; Cristian Kelly Ferreira Menezes; Débora Ewellyn Guimarães Pontes; Katia Torres de Castro (pesquisadoras do Programa Semente de Iniciação Científica do Cesmac).

RESUMO: *Este artigo enfoca as políticas públicas de abrigos de crianças e adolescentes em Maceió, fazendo uma comparação entre o que está regido na legislação e o que se apresenta na realidade dessas instituições, levando em consideração a importância da atuação do Poder Judiciário alagoano no estabelecimento de normas e diretrizes de amparo a crianças e adolescentes socialmente vulneráveis. Para tanto, foi feita uma pesquisa bibliográfica e foram discutidos os princípios constitucionais que tratam das internações infanto-juvenis, os dispositivos do Estatuto da Criança e Adolescente e as orientações normativas de documentos oficiais, como o Plano Nacional de Prevenção, Proteção e Defesa dos Direitos da Criança e Adolescente à Convivência Familiar e Comunitária, além da pesquisa de campo, concluindo-se que há necessidade de se fomentar uma cultura de acolhimento, pelo reordenamento das políticas de proteção social, que permita assegurar o direito à convivência familiar.*

PALAVRAS-CHAVE: *abrigos infanto-juvenis, políticas públicas.*

ABSTRACT: *This article focuses on public policy shelters children and adolescents in Maceió, making a comparison between what It is governed by law and what is presented in the reality of these institutions, taking into account the importance of the performance of Judicial of Alagoas power in setting standards and guide lines support to children and socially vulnerable adolescents. For in such a way, a literature search was made and the principles were discussed Constitutional dealing with children and youth admissions, the Statute of the devices of Children and Adolescents and the guidelines normative official documents such as the National Prevention Plan, Protection and Defense of the Rights of Children and Adolescents to Coexistence Family and Community, in addition to field research, concluding that there is need to foster a culture of welcome, the reordering of social protection policies, that it allows will assure the right the connivance relative.*

KEYWORDS: *Children and Youth Shelters, Public Policts.*

³⁵Este artigo é o resultado de uma pesquisa científica desenvolvida pelo Programa Semente de Iniciação Científica do Centro Universitário Cesmac, em 2014-2015, sob a orientação da Profa. Ma. Sônia Maria Albuquerque Soares.

INTRODUÇÃO

Em suas pesquisas, Irene Rizzini e Irma Rizzini (2014) demonstram que, ao longo dos séculos, as crianças nascidas em famílias com dificuldade de criá-las tinham um destino quase certo quando se buscava o apoio do Estado: o encaminhamento para instituições como se fossem órfãs ou abandonadas. Eram os orfanatos que funcionavam nos moldes de asilos.

Andrade da Silva (2003) aponta as inúmeras experiências de atendimento a crianças e adolescentes de rua que influenciaram no questionamento das políticas públicas de proteção baseadas na internação. Assinala que o tratamento diferenciado, em razão da forma como foram concebidas, de sua origem social ou composição familiar, viria a transformar-se em uma “máquina de discriminação social.” E vários são os posicionamentos doutrinários acerca da matéria, entre eles, os de Carreirão (2003) e Oliveira (2007).

Nesse contexto histórico e social, inúmeras são as dificuldades encontradas para proteção de crianças e adolescentes socialmente vulneráveis. E muitas conquistas só foram alcançadas com a Constituição Federal do Brasil de 1988, em seu Art. 227, que estabeleceu uma nova sistemática, no que concerne ao público infanto-juvenil, dispondo sobre o direito à prioridade absoluta por meio da família, da sociedade e do Estado. (BRASIL, 2011). E como não poderia deixar de acontecer, muitas mobilizações de pessoas preocupadas com as condições e os direitos desse público ocorreram. O que resultou na entrada em vigor do Estatuto da Criança e Adolescente (ECA), Lei 8.069 de 13 de julho de 1990, que se transformou em um instrumento de transformação social. (BRASIL, 2005).

Diante de tais conquistas, levando em consideração a necessidade de uma política de *Estado* para assistência dos direitos do referido público, em 2004, foi instituído o Plano Nacional de Prevenção, Proteção e Defesa dos Direitos da Criança e Adolescente à Convivência Familiar e Comunitária (PNCFC), propondo um conjunto de ações para serem desenvolvidas de 2007-2015, sob a responsabilidade dos governos federal, estaduais, municipais e Distrito Federal. (BRASIL, 2006).

No plano mencionado, adotou-se o termo Acolhimento Institucional para designar os programas de abrigo, definidos no Art. 90, Inciso IV, do ECA, como aqueles que recebem crianças e adolescentes que se encontram sob medidas protetivas, aplicadas nas situações dispostas no art. 98: “I - por ação ou omissão da sociedade ou do Estado; II - por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável; III - em razão de sua conduta.” (BRASIL, 2005).

O ECA demonstra a preocupação do legislador no sentido de proteção e cuidados a crianças e adolescentes privados da convivência familiar. Segundo o Art. 101, Parágrafo

Único, o abrigo é medida provisória e excepcional, não implicando privação de liberdade. O Art. 92, § 1º preconiza que o “[...] dirigente de entidade que desenvolve programa de acolhimento institucional é equiparado ao guardião, para todos os efeitos de direito.” No item Entidades de Atendimento, o Estatuto apresenta os princípios que os abrigos devem adotar para acolher o público em evidência.

A partir do que assegura o ECA sobre a proteção do público infanto-juvenil, ao considerar que as entidades que desenvolvem programas de abrigo devem prestar plena assistência a esse público, ofertando-lhes acolhida, cuidado e espaço para socialização e desenvolvimento, questiona-se: Qual a atuação do Estado na efetividade das Políticas Públicas de abrigamento de crianças e adolescentes em Alagoas? Qual a situação desses abrigos? Os direitos assegurados pela legislação brasileira estão sendo respeitados? As ações propostas pelo PNCFC foram ou estão sendo desenvolvidas?

A pesquisa justifica-se diante da necessidade de estudos que auxiliem a compreensão da realidade que envolve os abrigos infanto-juvenis em Maceió, visto que existe carência de pesquisas acadêmicas a este respeito, especificamente na área de Direito. Tudo isso porque, apesar da ampla bibliografia que existe no Brasil sobre crianças e adolescentes, essas instituições são pouco conhecidas, apesar de desempenhar papel fundamental para a sociedade.

Nessa perspectiva, a pesquisa tem como objetivo analisar as políticas públicas de abrigos de crianças e adolescentes em Maceió, com a comparação entre o que está regido na legislação e o que de fato se apresenta na realidade dessas instituições, levando em consideração a relevância do desempenho do Estado no estabelecimento de normas e diretrizes para o ordenamento e o reordenamento de medidas de proteção a crianças e adolescentes socialmente vulneráveis em Alagoas.

Como procedimento técnico, inicialmente foi feito um levantamento bibliográfico sobre publicações em revistas especializadas e jornais acerca das políticas públicas de abrigamento de crianças e adolescentes no Brasil. Além disso, foram discutidos os princípios constitucionais que tratam das internações infanto-juvenis, os dispositivos do ECA e as orientações normativas de documentos oficiais, como o PNCFC, além de textos de teóricos da área e artigos disponíveis em sites da internet.

Foi identificada a conjuntura histórica e política, contextualizando a situação atual de abrigamento no Brasil e, especialmente, em Alagoas. Para tanto, foi realizada uma comparação entre o que determina a legislação e o que se apresenta na realidade dessas instituições, efetuando um levantamento a respeito dos principais problemas atinentes às

internações, para, finalmente, chegar a algum resultado acerca da política pública desses abrigos.

Dando continuidade à pesquisa, foi feita a catalogação dos abrigos de Maceió, para realização de visitas para coleta de dados a respeito do tema proposto, por meio de levantamento de documentos que auxiliaram na análise feita, comprovando ou não a atuação dos órgãos públicos nesses locais.

Após a leitura bibliográfica e a pesquisa de campo, foi feita uma análise fundamentada nos dados coletados nas duas primeiras fases do estudo, para se buscar respostas para a problemática levantada no projeto inicial e tentar sugerir, aos órgãos competentes, ações que provavelmente complementarão no sentido de assegurar o cumprimento dos direitos infanto-juvenis, ao trazer uma reflexão acerca dos elementos que subsidiam as práticas participativas e políticas de educação de crianças e adolescentes.

O projeto não foi submetido ao Comitê de Ética, haja vista que foi adotada a metodologia de compilação, em que foram analisados diversos textos que se posicionam sobre a questão do menor, especificamente sobre a convivência familiar e comunitária e a política utilizada nos abrigos de Maceió. Quanto aos documentos que foram consultados na coleta de dados *in loco*, são referentes a informações já publicadas, visando ao esclarecimento de diversos pontos que se correlacionam, de forma direta, com os questionamentos suscitados nesta pesquisa. Além disso, não houve necessidade de entrevistas ou de análise de qualquer documento que contém dados relativos à identificação de pessoas, nem da aplicação de questionários.

POLÍTICAS DE ATENDIMENTO NA MODALIDADE DE ACOLHIMENTO EM ABRIGOS INFANTO-JUVENIS

Os estabelecimentos denominados “Orfanatos ou Casas de Abrigos” buscam oferecer amparo social a crianças e adolescentes que vivem nessas instituições. Desse modo, contextualizando a situação de crianças e adolescentes que necessitam de abrigo, pode-se citar “Órfãos de pais vivos” (JORNAL CORREIO BRAZILIENSE, 2002), que comunica as ações de um grupo de pessoas que se propôs a encontrar caminhos para amenizar a situação. O que resultou na criação da Caravana da Cidadania; da formação do Comitê de Abrigos em setembro de 2002; formação de uma Comissão Intersetorial (de 10/2004 a 04/2005); Consulta Pública (06 e 07 de 2006); primeira Assembleia Conjunta entre o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda) e o Conselho

Nacional da Assistência Social (CNAS) em 13 de dezembro de 2006, momento de aprovação do PNCFC; Conferência Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente de 2007, quando o Plano fez parte dos temas de debates e das resoluções, conforme Losacco (2012).

A problemática do atendimento na modalidade de acolhimento institucional abrigo é antiga e inúmeras são as dificuldades nessa seara. A Carta das Nações Unidas já instituía a criança e adolescente como pessoas de Direito. O ordenamento jurídico brasileiro, diante do descaso com esta parte da população, geriu um artigo na Constituição Federal, Art. 227, estabelecendo uma nova sistemática, no que concerne ao público infanto-juvenil. (BRASIL, 2011).

Abraçando como exemplo a assistência integral, em 1990, o ECA tem como principal conquista a concepção de uma serie de dispositivos legais de proteção infanto-juvenil, tentando reequilibrar as responsabilidades com a sociedade civil (criação de conselhos tutelares) e com o Poder Judiciário (criação de varas da infância e juventude). Visando tais conquistas, em 2004 já existia a necessidade de uma política de Estado para complementar a assistência dos direitos referidos, assim, foi instituído o PNCFC.

Existem inúmeros princípios norteadores referentes ao atendimento na modalidade de acolhimento institucional abrigo, ancorados no Artigo 92 do ECA, reforçado pelo PNCFC, entre eles, a preservação dos vínculos familiares e a integração em família substituta.

Quanto ao PNCFC, ele é resultado de um processo participativo de preparação conjunta, envolvendo representantes de todos os poderes e esferas de governo, da sociedade civil organizada e de organismos internacionais que compuseram a Comissão Intersetorial que preparou os subsídios expostos ao Conselho Nacional dos Direitos das Crianças e Adolescentes - CONANDA e ao Conselho Nacional de Assistência Social – CNAS. É um conjunto de diretrizes socializadas fundamentadas por instrumentos legais e definições conceituais.

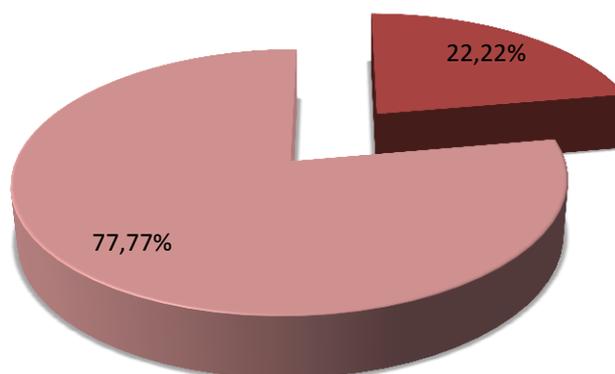
Assim, tem como alicerce o fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários basilares, com ações pautadas no investimento de políticas públicas de atenção à família, devendo voltar-se para a proteção de crianças e adolescentes e para a prevenção do abandono e ao combate a agressões. As diretrizes que formam o conjunto de ações recomendadas para serem desenvolvidas no período de 2007-2015 pelo PNCFC foram: “Centralidade da família nas políticas públicas; Primazia da responsabilidade do Estado no fomento de políticas integradas de apoio à família; Reconhecimento das competências da família na sua organização interna e na superação de dificuldades.” (BRASIL, 2006).

Para o desenvolvimento desta pesquisa, foram listados os abrigos de Maceió e realizados contatos no local para coleta de dados e, a partir dos resultados alcançados, foram analisadas as políticas públicas desses abrigos, verificando o que determina a legislação brasileira e a realidade vivenciada nessas instituições, além de apontar o desempenho do Estado no estabelecimento de normas e diretrizes para a implantação de medidas de amparo a crianças e adolescentes socialmente vulneráveis, como proposto no projeto inicial. Eis os resultados:

a) Abrigos que contam ou não com o apoio do Estado

Nesta pesquisa, constatou-se a existência de nove abrigos em Maceió e que apenas dois dos abrigos são instituições governamentais, ou seja, sete não possuem vínculo com o Estado, como se pode perceber no gráfico abaixo:

Governamentais e Não Governamentais



Fonte: dados da pesquisa.

A Assistência aos abrigados, como política de proteção social, deve ter atendimento às crianças e aos adolescentes que, por diferentes motivos, não contam mais com o amparo e o cuidado de suas famílias, ficando os vínculos, muitas vezes, ameaçados (PEREIRA, 2004), que se utiliza de estratégia quanto às organizações não governamentais, ao abarcá-las nas políticas de atendimento dos direitos da criança e do adolescente. “A política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente far-se-á através de um conjunto articulado de ações governamentais e não-governamentais, da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios.” (BRASIL, 2005).

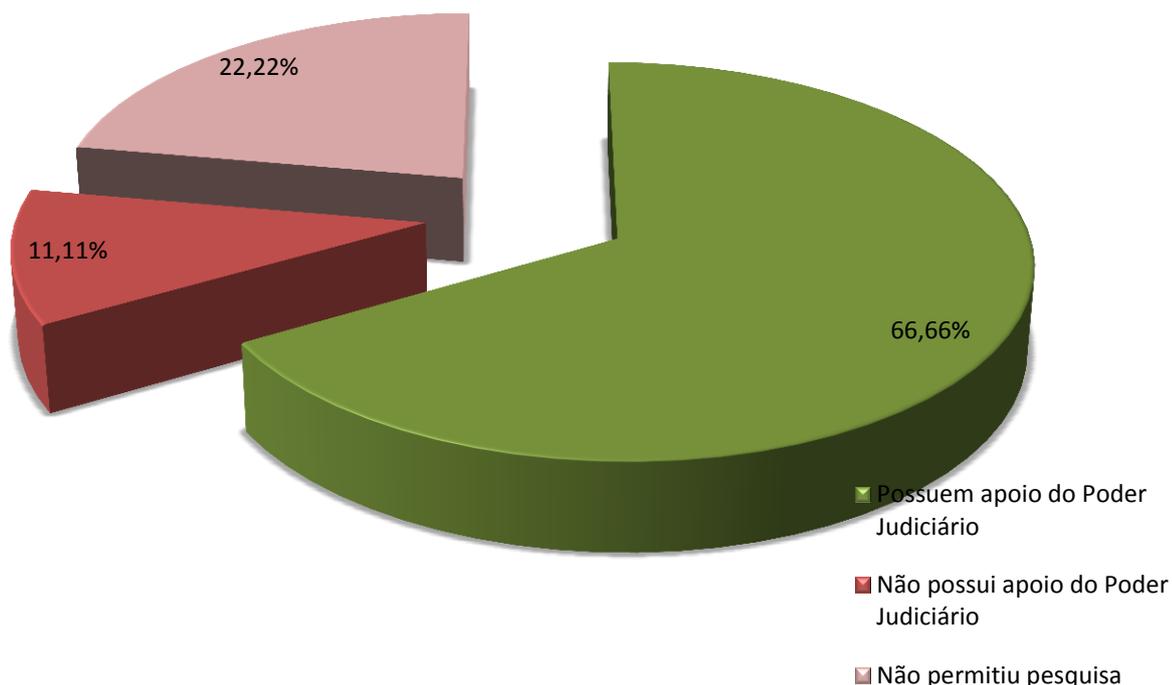
O que se observa é que crianças e adolescentes têm o direito à convivência com sua família. Assim, resguardar e fortalecer os vínculos familiares torna-se um desafio do Estado e da sociedade brasileira, perante o panorama atual de desigualdades sociais, que interferem nas relações sociais e que se alastram na forma de riscos no cotidiano da relação entre pais e filhos.

b) Abrigos que contam ou não com apoio do Poder Judiciário

Apesar de apenas dois abrigos governamentais, a maioria conta com o apoio do Poder Judiciário, como se constatou na pesquisa:

- Dois abrigos não foram pesquisados, haja vista que a direção não permitiu o acesso dos pesquisadores ao local;
- Seis abrigos contam com o apoio do Judiciário;
- Um não conta com o apoio do Judiciário.

Apoio do Poder Judiciário aos Abrigos



Fonte: dados da pesquisa.

O ECA regularizou a atuação do Poder Judiciário na defesa dos direitos da criança e do adolescente, bem como do Ministério Público e dos Conselhos Tutelares na promoção e fiscalização desses direitos e aos conselhos nacional, estaduais e municipais a autoridade para

estabelecerem as políticas públicas para a criança e o adolescente. Também atribuiu, à Justiça da Infância e da Juventude, o dever de interferência junto à família e à criança nos casos de descumprimento do poder familiar. (BRASIL, 2005).

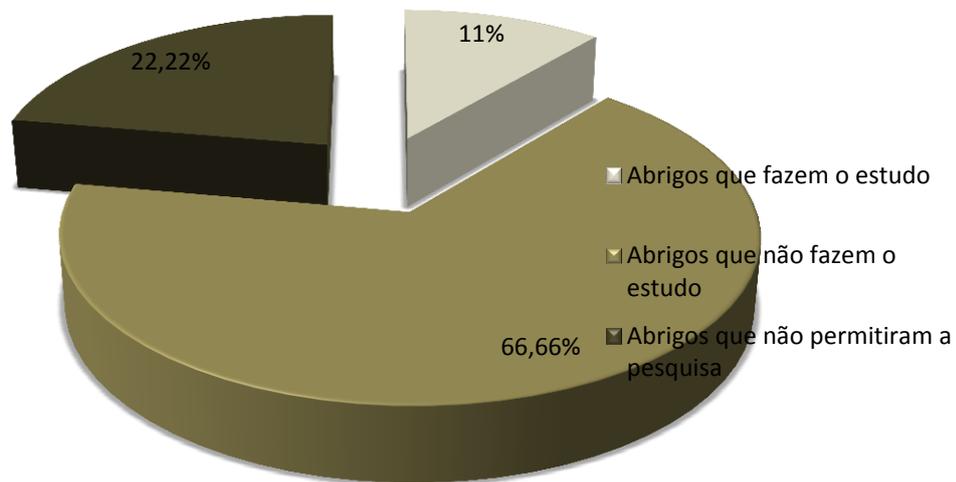
A determinação legal aferiu, à Justiça da Infância e da Juventude, o poder de intervenção junto à família e à criança nos casos típicos de descumprimento do poder familiar.

O papel do Poder Judiciário parece essencial para permitir às crianças e aos adolescentes o acesso aos meios de defesa de seus direitos. No Artigo 95, o ECA confere, ao Juiz da Infância e da Juventude, a competência para fiscalizar as entidades de atendimento.

Ainda de acordo com o ECA, o Conselho Tutelar deve ser responsável para garantir os direitos assegurados a crianças e adolescentes, atuando como mediador entre a comunidade e o *Poder Judiciário* e entre a comunidade e o Poder Público local.

- c) Abrigos que estudam ou não a família de origem dos assistidos
- Um estuda;
 - Dois não foram pesquisados, haja vista que a direção não permitiu o acesso dos pesquisadores ao local;
 - Seis não estudam.

Estudo da família de origem dos assistidos



Fonte: dados da pesquisa.

A Constituição Federal do Brasil de 1988 define a família como a base da sociedade. No art. 227, está garantido o princípio da paternidade responsável, inserido no direito do

estado de filiação, pois é dever da família, da sociedade e do Estado asseverar à criança e ao adolescente o direito ao convívio familiar. (BRASIL, 2011). O que implica reconhecer, segundo Guimarães, Negrão e Santos (2004), que as crianças e os adolescentes merecem proteção especial e os direitos a eles inerentes necessitam ser analisados com prioridade.

No caso do abrigo que estuda a origem dos assistidos, no tocante a convivência familiar, há uma preocupação de apoio à família de origem. Assim, são investigadas as causas do abrigamento e as possibilidades de retorno da criança ou adolescente à família biológica. A legislação brasileira assinala o abrigamento como última opção, com características de provisoriedade e excepcionalidade, nos casos que requerem essa proteção.

A esse respeito, posiciona-se Lopes (2005, p. 91) com a colocação abaixo:

sanadas falhas como a falta do cumprimento das medidas anteriores ao abrigamento ou concomitantes previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), a falta de programas de apoio, de ações voltadas ao estímulo dos vínculos familiares, de alternativas de desinstitucionalização e de prevenção à mesma [...].

Nessa perspectiva, a assistência de crianças e adolescentes que se encontram em situação de vulnerabilidade e risco social exige a presença de um Estado que garanta a proteção e que ofereça as condições para que suas famílias possam recebê-los novamente, depois de uma passagem pelo abrigo, não se rompendo o vínculo familiar e comunitário.

CONCLUSÃO

Como resultado da análise desprendida ao longo da pesquisa, tem-se que as diretrizes que compõem os conjuntos de ações sugeridas para o período de 2007-2015 pelo PNCFC estão direcionadas à família e políticas públicas. Analisando os dados coletados neste estudo, por esse ângulo, o que se observa é que não existe a preocupação da sociedade e do Estado em estudar a família dos assistidos, haja vista que apenas um abrigo informou que fazia esse trabalho.

Esse fato parece ser importante quando se leva em consideração que no abrigo a criança ou adolescente terá uma proteção especial *provisória* e excepcional. Então, para que ele seja inserido novamente no seio familiar, é necessário que se busque e se combata as causas que o levaram ao internamento, o que condiz com a diretriz, 11 do PNCFC, de que o acolhimento às crianças e adolescentes e às famílias em posição de vulnerabilidade social deve ser compartilhado pela rede de serviços de proteção especial de média e alta complexidade e pelos programas e serviços das políticas públicas locais.

No que se refere ao estudo da família do assistido, acredita-se que é importante porque é necessária a preservação dos vínculos familiares, conforme diretriz 1, do PNCFC. Isso leva a pensar na possibilidade da implantação de um projeto dentro dos abrigos voltado à integração familiar, levando em conta o que determina o inciso IV do art. 129 do ECA, que já se preocupava com o encaminhamento dos pais a “cursos ou programas de orientação, quando verificado o despreparo no cumprimento de seus deveres para com os filhos.”

A implantação do projeto visaria, ainda, conscientizar os filhos da importância de estabelecerem com os pais relações de afeto, respeito e confiança, valorizando o papel parental na construção e transmissão de valores, práticas e costumes sociais saudáveis e construtivos. É de se observar que esse pode ser um caminho, mas não é uma solução mágica que resolve todos os problemas, entretanto, parece tratar-se de um modelo apropriado para minimizar os danos causados a crianças e adolescentes que foram afastados do convívio familiar, surgindo como uma forma de reorganizar a família.

Assim, diante dos resultados alcançados, sugere-se, ao Poder Judiciário alagoano, a efetividade de mais Políticas Públicas de abrigamento de crianças e adolescentes, com o fomento de uma cultura de acolhimento, pelo reordenamento das políticas de proteção social, que permita assegurar o direito à convivência familiar.

Para tanto, poderiam ser considerados fatores facilitadores, para a implantação do projeto, a utilização de uma política no âmbito institucional, da competência técnica da equipe, além das parcerias e trabalhos de colaboração diversificados. Isso tudo diante da fragilidade das famílias, da pouca consciência dos próprios direitos e deveres, da necessidade de informações básicas que possam fortalecer os vínculos de convivência e da oferta de políticas públicas que supram as necessidades que a questão exige. O que poderá contribuir para o fortalecimento dos vínculos de responsabilidade e afetividade entre pais e filhos, pela transformação de uma cultura de acolhimento na sociedade que permita o amparo familiar, com novas acepções de família.

REFERÊNCIAS

ANDRADE DA SILVA, Enid Rocha. O Estatuto da Criança e do Adolescente e a percepção das instituições de abrigo. **Levantamento nacional de abrigos para crianças e adolescentes da Rede SAC**, Brasília, IPEA, 2003.

BRASIL. **Constituição (1998)**. Constituição da República Federativa do Brasil: Texto promulgado em 5 de outubro de 1998. Brasília: Senado Federal, 2011.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: disposições constitucionais pertinentes. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. 6. ed. Brasília: Senado Federal, 2005.

BRASIL. **Plano Nacional de Convivência Familiar e Comunitária** – PNCFC. Brasília: Conselho Nacional de Assistência Social, 2006.

CARREIRÃO, U. L. **Modalidades de abrigo e a busca pelo direito à convivência familiar e comunitária da Rede SAC**, Brasília, IPEA, 2003.

CARTA das Nações Unidas. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm>. Acesso em: 20 jan. 2015.

CONSELHO Nacional dos Direitos das Crianças e Adolescentes – CONANDA. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/.../conselho-nacional-dos-direitos-da-crianca-e-do-adolescente-cona>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

CONSELHO Nacional de Assistência Social – CNAS. Disponível em: <http://www.ceas.pr.gov.br/arquivos/file/inscricao_cnas/02_resolucao_cnas.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2015.

GUIMARÃES, Angélica Bezerra Manzano; NEGRÃO, Sônia Regina; SANTOS, Silas Silva. **Paternidade x paternidade socioafetiva**. 2004. Disponível em: <<http://www.gontijo-familia.adv.br>>. Acesso em: 03 mar. 2006.

JORNAL CORREIO BRAZILIENSE, Brasília, 09 de janeiro de 2002.

LOPES, M. D. C. **Retratos da infância**: um olhar voltado às instituições de abrigo. Monografia de Conclusão. Curso de Psicologia, Universidade Federal de Santa Maria, 2005.

LOSACCO, Sílvia. **Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito à Convivência Familiar e Comunitária: reflexões iniciais sobre os conceitos (e os preconceitos) que definem suas ações: a família em foco**. 2012. Disponível em: <<http://www.promenino.org.br/.../plano-nacional-de-promocao-protECAo-e-defesa-do-direito-a-convivencia-familiar-e-comunitaria>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

OLIVEIRA, R. S. C. (coord). **Quero voltar para casa**: o trabalho em rede e a garantia do direito à convivência familiar e comunitária para crianças e adolescentes que vivem em abrigos. São Paulo: AASPTJ, 2007.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Pai, por que me abandonaste?** In: FARIAS, Cristiano Chaves (org). **Temas atuais de Direito de Processo de Família**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

RIZZINI, Irene; RIZZI, Irma. **A institucionalização de crianças no Brasil**: percurso histórico e desafios do presente. São Paulo: Loyola, 2004.

AS CONTRADIÇÕES DAS ALTERAÇÕES RESULTANTES DA MEDIDA PROVISÓRIA 664 SOBRE A PENSÃO POR MORTE NO SISTEMA DA SEGURIDADE SOCIAL

Prof. Me. Sérgio Coutinho

Mestre em Sociologia, Especialista em Direito do Trabalho, Bacharel em Direito e Licenciando em Ciências Sociais. Membro do Comitê de Ética em Ensino e Pesquisa (CEP) e do Núcleo de Inovação Tecnológica (NIT) do Centro Universitário CESMAC. Professor da Faculdade de Administração e Negócios de Alagoas (FAN-FGV) e do Cesmac.

Anderson Vieira da Silva

Aluno do décimo período do Curso de Direito do Centro Universitário Cesmac

RESUMO: *O presente estudo visa à demonstração do interesse em discutir e tentar contribuir para o alcance de clarezas acerca do tema e solidificar o entendimento atual das modificações legislativas na área previdenciária, em especial a Pensão por Morte. Objetiva-se uma análise cuidadosa das modificações oriundas dessa nova norma, através da minirreforma proporcionada pela medida provisória 664 de 2014, e sua contraposição com a Constituição Federal e ordenamentos infraconstitucionais.*

PALAVRAS-CHAVE: *Pensão; Seguridade; Reforma.*

ABSTRACT: *The present study aims to make Interest Statement to discuss and try to contribute to the achievement of clarities theme about and solidify current understanding of legislative changes in the social security area , especially by Death Pension . If objective a careful analysis of the changes resulting from this new standard through the minirreforma provided for the Provisional Measure 664 of 2014 is his opposition to the Federal Constitution and infra systems.*

KEYWORDS: *Pension; Security; Reformation.*

INTRODUÇÃO

Em 30 de dezembro de 2014, foi publicada a Medida Provisória n. 664 pelo Governo Federal, que trouxe diversas modificações em algumas prestações previdenciárias; alterações estas que instituem uma série de problemas, os quais atingem a todos os cidadãos trazendo graves consequências. Será examinado neste artigo se ela representa um retrocesso aos princípios norteadores da Seguridade Social na Carta Magna, assim como haveria sua flagrante inconstitucionalidade. Ao analisar o tema, buscar-se-á entender as alterações

voltadas ao benefício da Pensão por Morte, conhecendo sua causalidade e a fragilidade da Medida Provisória como marco legal.

O presente estudo visa solidificar o entendimento atual acerca das modificações legislativas na área previdenciária, em especial a Pensão por Morte. Diversas intervenções e regras novas foram responsáveis por alterações que muitas vezes obscureceram e trouxeram interpretações confusas, não ajudando em nada a população e os usuários do sistema. Assim, necessário foi um melhor entendimento e diretriz, culminando em novas mudanças para que tentasse chegar a um bom auxílio a quem da previdência precisasse.

Tal solidificação procura trazer um panorama onde se conheça, em detalhes, tudo que se faz necessário para se ter uma visão, de forma geral, da Pensão por Morte. Acompanhar todo esse percurso se faz mister para tentar entender a velocidade das mudanças normativas. Explicita-se ainda a dificuldade da formação embasada dessas ideias devido à escassez de jurisprudência e doutrina que cercam essas novas medidas e leis, respaldando-se, muitas vezes, em analogia e feitura que ainda perduram. Será mostrado também um paralelo, dentro da Pensão por Morte, da sua vigência como norma infraconstitucional, o que dita a Carta Maior e a Medida Provisória 664, esta com menções pertinentes e detalhadas mostrando a sua fragilidade como norma modificadora a fim de fazer um paralelo com a sua lei de conversão, a 13.135 de 2015, trazendo de volta situações que mexeram com a vida de muitos acobertados.

Portanto, objetiva-se uma análise cuidadosa das modificações oriundas dessa nova norma e sua contraposição com a Constituição Federal. Diante deste cenário, o estudo quanto à relevância das modificações que alteram e conflitam com os direitos adquiridos põe em discussão o que norteia a Carta Maior do ordenamento social com uma norma tão ineficaz ao que se objetiva precipuamente.

1 ANTES E DEPOIS DA PENSÃO POR MORTE, À LUZ DA MP 664

Com o advento da Constituição Federal de 1988, houve a necessidade da construção de mecanismos de proteção contra os infortúnios do dia a dia, no qual ao longo do tempo, inclusões e melhorias foram pautando o que temos nos dias atuais; instrumentos que asseguram benefícios e trazem o modelo de respaldo necessário para o bem-estar de quem é previdente.

Com o intuito inicial de proteção foi que, a partir do que menciona o artigo 194 da Constituição Federal, elencou-se o rol da Seguridade Social, solidificando a norma protetiva

que cuida dessas disposições gerais. Este trata de um conjunto de ações dos Poderes Públicos juntamente com a sociedade a fim de assegurar direitos relativos ao chamado “tripé” da Seguridade Social: Saúde, Assistência e Previdência.

Pela definição constitucional já é possível notar que a Seguridade Social objetiva assegurar saúde, previdência e assistência. Podemos então dizer que Seguridade Social é gênero, da qual são espécies a Saúde, a Previdência e a Assistência Social. (CORRÊA, 1999).

No artigo 201 do Texto Maior estão conceituados a ideia e os princípios basilares do que é Previdência Social, trazendo seus critérios e quais os seus objetivos. Assim, tem-se uma completa harmonia entre os eventos e suas respectivas coberturas. Ao que dispõe o “caput” do referido artigo fica evidente o princípio do Equilíbrio Financeiro e Atuarial, numa clara preservação de igualdade entre prestação e contraprestação, o que não foi observado na minirreforma.

Ainda no artigo 201, em seus incisos, mostra-se notória a cobertura do evento morte (I) e do benefício da Pensão (V), interpretado aqui, sua disponibilidade integral, afastando qualquer redução quanto à sua concessão.

Conferidas tais afrontas, muitas medidas legais foram de encontro ao que dispunha a nova MP, como a ADI 5234 de 2015, que entre outros questionamentos, explicitava a clara violação aos princípios da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade e da isonomia. Sobre o sistema da Seguridade Social, perspectiva preliminar necessária antes de se abordar a Previdência em si, ressaltam-se as palavras de Rocha (2002, p. 35):

Os princípios constitucionais são os alicerces do ordenamento jurídico, e servem para garantir um estado democrático de direito. Nessa linha, os princípios da seguridade social são compostos por um conjunto de normas programáticas que trazem objetivos orientadores para elaboração das leis e um conjunto de garantias a serem observadas pela administração pública na execução de programas de seguridade social.

Como visto, a adversidade quanto à implementação dessa nova norma carregada de conflitos ao Texto Maior é bastante sustentada, não sendo admitido utilizar o rótulo de correção de *déficit* para ajuste do sistema, como as últimas gestões do Poder Executivo federal têm defendido. E aqui, mais uma vez, vale ressaltar as palavras de Wagner Balera, citado por Zuba (2003, p. 23):

Esse argumento é duramente rebatido por vários doutrinadores, uma vez que se verifica ser prática comum no Congresso Nacional a aprovação de leis mediante as quais são desviados recursos da seguridade social para finalidades distintas da área de saúde, previdência e assistência social. Somente nos anos de 1995 a 2002 foram editadas mais de cem leis que oficializavam o inconstitucional desvio de recursos.

Em defesa do Estado, para a implantação da Medida Provisória 664, o que precipuamente se alega é a necessidade de economia do sistema previdenciário. Sobre isso, vale observar o estudo de Denise Gentil denominado “A Política Fiscal e a Farsa Crise da Seguridade Social Brasileira - Análise financeira do período de 1990-2005”. Como resultado dessa investigação, conclui-se que o sistema da seguridade social é autossustentável, apontando que os recursos arrecadados para a Previdência é bem superior aos valores pagos a título de benefícios. Com isso, ao contrário do que o Estado brasileiro quer difundir, o sistema de previdência social não está em crise e nem necessita de reformas que visem o ajuste fiscal, pois este dispõe de capital excedente. (GENTIL, 2006).

Há que se destacar, também, a menção “financiamento da previdência”, uma vez que, destacado na Carta, no seu artigo 195, tem-se o “custeio da Seguridade”, uma forma mais ampla e solidária de contribuição. Como é preciso lembrar, apesar de descrito antes, a Previdência Social é parte integrante do sistema da Seguridade Social. Os recursos adquiridos com as contribuições sociais são destinados para o orçamento da Seguridade Social e não exclusivamente para Previdência. De certo, se houver uma interpretação correta do que se vale a Carta Maior, não se pode pegar uma espécie (Previdência, Saúde, Assistência), e separá-la isoladamente fazendo cálculos para atribuir uma característica de “déficit”.

Denise Gentil, Professora de Economia da UFRJ, em entrevista ao *Brasileiros*, do site Terra em 2016, explica:

O artigo 195 da Constituição diz que a Seguridade Social será financiada por contribuições do empregador (incidentes sobre a folha de salários, o faturamento e o lucro), dos trabalhadores e do Estado. Mas o que se faz é um cálculo distorcido. Primeiro, isola-se a Previdência da Seguridade Social. Em seguida, calcula-se o resultado da Previdência levando-se em consideração apenas a contribuição de empregadores e trabalhadores, e dela se deduzem os gastos com todos os benefícios. Por essa metodologia, houve déficit de R\$ 87 bilhões de janeiro a novembro de 2015. Pela Constituição, a base de financiamento da Seguridade Social inclui receitas como a CSLL (Contribuição Social sobre o Lucro Líquido), Cofins (Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social) e as receitas de concursos de prognóstico (resultado de sorteios, como loterias e apostas).

Deste modo, focar em uma parcela por menor de uma das espécies do que faz a Seguridade evidencia um erro de análise e uma falsa conclusão de um possível problema.

No benefício específico da Pensão por Morte se observou o maior número de alterações, quebrando a harmonia existente no artigo 201 da CRFB/88, por estar ali inserido, caracterizando um grave retrocesso aos direitos adquiridos ao longo dos anos.

A Pensão por Morte é uma prestação previdenciária destinada aos dependentes do segurado que vier a falecer. Anteriormente, na lei 8.213/91, em seu artigo 74, não se observava carência para

sua concessão e, no artigo 75, expunha que o valor destinado aos beneficiários era integral, ou seja, de 100% do valor da aposentadoria que recebia ou do cálculo de uma por invalidez, se não aposentado, na data do óbito. Ainda, observava-se o repasse da cota do beneficiário que não mais fazia jus ao recebimento da prestação em favor dos demais dependentes remanescentes e duração vitalícia do benefício.

Advinda a vigência plena da Medida Provisória 664/2014, inclusões e modificações dos artigos da lei 8.213/90, que dispõe sobre os planos de benefícios da Previdência Social, relacionada à Pensão por Morte, alteraram em peso os critérios de outorga do benefício. Agora, tem-se uma exigência mínima de contribuições mensais e tempo mínimo de casamento ou início de união estável. Estabelece ainda a vedação da concessão do benefício a quem, pela prática de homicídio, resultou na morte do segurado. Neste caso, exige-se o trânsito em julgado, ou seja, onde não mais enseja discussão do caso.

Foi alterada a renda inicial, reduzindo de sua integralidade (100%), para 50%, acrescida da cota de 10% por dependente, até o máximo de cinco. Faz jus observar que, na cessação do recebimento da pensão por um dos dependentes, a sua cota individual (10%), não mais irá ser revertida aos dependentes remanescentes; esta deixa de existir, fazendo o recálculo apenas do valor global (50%) mais a cota individual de direito dos dependentes restantes.

Há, no entanto, um caso especial de acréscimo de 10% no valor da pensão por morte a ser rateado entre os dependentes. Isto ocorre no caso de haver filho do segurado, ou a ele equiparado, que seja órfão de pai e mãe na data do recebimento da pensão. Contudo, a aludida cota extra não será aplicada quando for devida mais de uma pensão aos dependentes.

Outra questão modificada foi quanto à duração do benefício. Após a MP664/2014, o benefício passa de vitalício em todos os casos, à obediência de uma tabela do IBGE quanto à expectativa de sobrevivência. Dependendo deste em relação aos anos de quem fará jus ao benefício, passa a ter duração o recebimento do valor da pensão. Portanto, é grave a disposição e validade destas alterações, ainda mais por se tratar da medida provisória em si como instrumento causador. A fragilidade da norma, a falta de coerência no quesito prestação contra contribuição; assim como a afronta à Constituição Federal, desestabilizando preceitos importantes quanto à segurança jurídica dos cidadãos relacionados aos seus direitos pécunios, traz diversos questionamentos negativos. Assim se faz um melhor olhar e a recusa quanto à implementação desta medida.

2 A FRAGILIDADE DA MP COMO NORMA BENEFÍCIO: O CASO DA PENSÃO POR MORTE

Medida Provisória é um instrumento, com força de lei, adotado pela Presidência da República, que integra o ordenamento jurídico brasileiro, e que se destina a matérias de cunho relevantes e urgentes. Tal dispositivo começa a vigorar imediatamente após sua edição, mas,

para virar lei, precisa ser aprovada pelo Congresso Nacional. Esta ferramenta jurídica está disposta no artigo 62 da Constituição Federal, *verbis*:

Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional, que, estando em recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias.

Parágrafo único. As medidas provisórias perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em Lei no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação, devendo o Congresso nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes.

A defesa que consta na Carta Magna refere-se ao interesse público, que caracteriza a importância única quando se trata de “relevância”. Como o corpo da Redação Maior em sua interpretação faz menção ao cuidado do Poder Executivo usar tal instrumento observando os critérios de admissibilidade, quase sempre há contestações pela inerente subjetividade na implantação destes.

Todo e qualquer interesse público é, de fato, relevante, porém, têm-se o vocábulo constitucional traços de alcance mais estrito, casos mais graves que demandam atuação positiva e imediata do Estado. O fator “urgência” é o “imediato” em questão, não podendo ser adiado quando se tem início daquilo que se faz necessário tal intervenção.

Nesse quesito discursa Mello (2006, p. 118).

[...] mesmo que a palavra contenha em si algum teor de fluidez, qualquer pessoa entenderá que só é urgente o que tem de ser enfrentado imediatamente, o que não pode aguardar o decurso do tempo, caso contrário o benefício pretendido inalcançável ou o dano que se quer evitar consumar-se-á ou, no mínimo, existirão sérios riscos de que sobrevenham efeitos desastrosos em caso de demora.

A doutrina sobre o assunto não define, taxativamente e objetivamente, “relevância” e “urgência”. Dessa forma, entendem que ao Presidente da República cabe o juízo político discricionário para a edição da Medida Provisória. Também concluem que ao Congresso Nacional incumbe avaliar se os pressupostos de admissibilidade dessas normas foram atendidos. Desta feita se tem a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal de que a medida provisória é passível de ação direta de inconstitucionalidade, ao que dita o artigo 102, I, a, da CF/80, inclusive em matéria de “urgência” e “relevância”.

Há aqui o cuidado para harmonizar até onde pode haver interferências em medidas provisórias aprovadas. Doutrinadores consideram que a proposta de MP que segue positiva nas duas casas legislativas é relevante, e aí não teriam o porquê de sofrer qualquer tipo de impedimento.

Em vista da amplitude de definição do que é urgente e relevante, não há como haver um controle de todas as situações que se enquadrem com esses dois quesitos cumulativamente. O STF entende que estes são “conceitos jurídicos indeterminados” e, por essa razão, em excepcionalidade, é que devem passar pelo crivo do Poder Judiciário. É o que consta no voto do Ministro César Peluso:

Conforme entendimento consolidado da Corte, os requisitos constitucionais legitimadores da edição de medidas provisórias, vertidos nos conceitos jurídicos indeterminados de “relevância” e “urgência” (art. 62 da CF), apenas em caráter excepcional se submetem ao crivo do Poder Judiciário, por força da regra da separação de poderes (art. 2º da CF) (ADI n. 2.213, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 23-4-2004; ADI n. 1.647, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 26-3-1999; ADI n.1.753-MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 12-6-1998; ADI n. 162-MC, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 19-9-1997). (ADC 11-MC, voto do Min. Cezar Peluso, julgamento em 28-3-07, DJ de 29-6-07).

Mesmo com o entendimento de separação de poderes e cuidado na observância semântica relacionada à “urgência” e “relevância”, o STF entende que, excepcionalmente, estes “conceitos indeterminados e fluidos” estão sujeitos ao controle do Poder Judiciário. Esta decisão se faz necessária para evitar o excesso de poder ou manifesto abuso institucional por parte do Presidente da República. Acerca disso relata o Ministro Celso de Mello na ADI:

A edição de medidas provisórias, pelo presidente da República, para legitimar-se juridicamente, depende, dentre outros requisitos, da estrita observância dos pressupostos constitucionais da urgência e da relevância (CF, art. 62, *caput*). Os pressupostos da urgência e da relevância, embora conceitos jurídicos relativamente indeterminados e fluidos, mesmo expondo-se, inicialmente, à avaliação discricionária do presidente da República, estão sujeitos, ainda que excepcionalmente, ao controle do Poder Judiciário, porque compõem a própria estrutura constitucional que disciplina as medidas provisórias, qualificando-se como requisitos legitimadores e juridicamente condicionantes do exercício, pelo chefe do Poder Executivo, da competência normativa primária que lhe foi outorgada, extraordinariamente, pela CR. [...] A possibilidade de controle jurisdicional, mesmo sendo excepcional, apoia-se na necessidade de impedir que o presidente da República, ao editar medidas provisórias, incida em excesso de poder ou em situação de manifesto abuso institucional, pois o sistema de limitação de poderes não permite que práticas governamentais abusivas venham a prevalecer sobre os postulados constitucionais que informam a concepção democrática de Poder e de Estado, especialmente naquelas hipóteses em que se registrar o exercício anômalo e arbitrário das funções estatais. (ADI 2.213-MC, rel. min. Celso de Mello, julgamento em 4-4-2002, Plenário, DJ de 23-4-2004.).

Assim, caso venha a ter qualquer falha no que tange ao conjunto cumulado de “urgência e relevância”, fica sujeito à interferência eficaz e imediata do Poder Judiciário a fim de anular a iniciativa do Chefe do Executivo. Mello (1999, p. 11) ainda assinala que:

Já que são excepcionais, ou seja, formas atípicas, anômalas, de introduzir normas primárias, só admissíveis para atender interesses *relevantes*, resultam

imediatamente claro que não é qualquer espécie de interesse que lhes pode servir de justificativa, pois todo e qualquer interesse público é, *ipso facto*, relevante. Donde – e como nem a lei nem a Constituição têm palavras inúteis – há de se entender que a menção do art. 62 a relevância implicou atribuir uma especial qualificação à natureza do interesse cuja ocorrência enseja a utilização de medida provisória. É certo, pois, que só ante casos graves, ante interesses invulgarmente importantes, justifica-se a adoção de medidas provisórias. Isto, entretanto, não é suficiente para o cabimento delas. Cumpre, ademais, que a cura de tal interesse deve ser feita sem retardamento algum, à falta do que a sociedade expor-se-ia a sérios riscos ou danos. Em suma: é preciso que exista urgência a que alude o art. 62.

Pode-se então concluir que, a partir das decisões eminentes da Suprema Corte e do ponto de vista exposto pelo referido autor, quanto aos pressupostos constitucionais que versam a “urgência” e “relevância”, o Presidente da República, hoje, utiliza-se das medidas provisórias sem quaisquer parâmetros jurídicos ou éticos. Esta atividade jurídica é praticada mais voltada aos interesses políticos individuais em detrimento do ideal de justiça.

Uma relevante Resolução, em abril de 2002, foi aprovada, instituindo uma modificação no tocante ao prazo de apreciação das MP’s; partindo para 60, e não mais 30 dias, sua duração, prorrogáveis por igual período, uma única vez. Agora, o parágrafo único do artigo supracitado teve aumentada sua vigência. Com isso, a medida provisória ganha um período maior de força como norma, porém, continua com sua extinção anunciada findo o período disposto, ficando impedido o Presidente da República de reeditá-la na mesma sessão legislativa.

A excelentíssima ex-presidente Dilma Rousseff, ao dia de sua posse para o segundo mandato, no início do ano de 2015, como mostra o site G1, chamou a atenção em toda mídia nacional, quando ratificou a necessidade de uma reforma nas contas do Estado, porém, garantindo que não modificaria, negativamente, nos direitos sociais conquistados. Observa-se:

[...] É inadiável, também, implantarmos práticas políticas mais modernas, éticas e, por isso, mesmo mais saudáveis. É isso que torna urgente e necessária a reforma política. Uma reforma profunda que é responsabilidade constitucional desta Casa [...]

Mais que ninguém sei que o Brasil precisa voltar a crescer. Os primeiros passos desta caminhada passam por um ajuste nas contas públicas, um aumento na poupança interna, a ampliação do investimento e a elevação da produtividade da economia. Faremos isso com o menor sacrifício possível para a população, em especial para os mais necessitados.

Reafirmo meu profundo compromisso com a manutenção de todos os direitos trabalhistas e previdenciários. Temos consciência que a ampliação e a sustentabilidade das políticas sociais exigem equidade e correção permanente de distorções e eventuais excessos. Vamos, mais uma vez derrotar a falsa tese que afirma existir um conflito entre a estabilidade econômica e o crescimento do investimento social, dos ganhos sociais e do investimento em infraestrutura [...].

Em contrário às suas palavras, poucos dias antes deste pronunciamento, no fim de 2014, foram publicadas as Medidas Provisórias 664 e 665, trazendo em peso, toda uma modificação nas percepções de benefícios previdenciários (especialmente a pensão por morte) e trabalhistas (como o seguro-desemprego).

Especificamente, a Medida Provisória 664, objeto de estudo em foco, trouxe uma minirreforma previdenciária. O primeiro relato de preocupação do Estado frente à população data de 1824. Daí em diante tem-se uma longa caminhada, com evoluções e conquistas até chegar ao modelo de proteção dos tempos atuais. Então, como alterar conquistas demoradas, a custo de evoluções marcantes ao longo dos anos? O uso de um instrumento jurídico que condiga à relevância da questão é, no mínimo, esperado; e, entende-se melhoria, como algo positivo sem alterar o já alcançado.

Partindo desse pressuposto, podem-se observar duas grandes falhas: O uso de Medida Provisória como instrumento jurídico causador de alterações importantes para a sociedade e o retrocesso de direitos constitucionais positivados no ordenamento jurídico, onde merece toda uma análise, assim como embasa Justen Filho (2013, p. 1096).

No Brasil, em especial, é imperioso destacar a necessidade de revisão do direito administrativo, que ainda está entranhado de concepções não democráticas, provenientes do passado. A Constituição Federal de 1988 coroou um lento processo de aperfeiçoamento democrático da nação brasileira. Consagrou um Estado Democrático de Direito, proscrevendo definitivamente perspectivas de legitimação carismática.

Apesar disso, a atividade administrativa estatal continua a refletir concepções personalistas de poder, em que o governante pretende imprimir a sua vontade pessoal como critério de validade dos atos administrativos e invocar projetos individuais como fundamento de legitimação para a dominação exercitada. A concepção de um Estado Democrático de Direito é muito mais afirmada (semanticamente) na Constituição do que praticada na dimensão governativa. Isso deriva da ausência de incorporação, no âmbito do direito administrativo, de concepções constitucionais fundamentais.

[...] Por isso, afirma-se que o critério de legitimação do direito reside na preservação dos direitos fundamentais, inclusive das minorias. O direito administrativo é tanto um meio de restringir o exercício do poder político como um instrumento de promoção dos valores fundamentais. Sob esse enfoque. Daniel Sarmento assevera que é legítimo e necessário estabelecer limites para as maiorias de cada momento, sobretudo ligados à proteção dos direitos fundamentais e das regras ligadas à preservação do próprio processo democrático, e de que é essencial, por outro lado, atribuir ao Judiciário o poder de fiscalizar o respeito a estes limites.

A Medida Provisória, embora tenha força imediata de lei, no sentido técnico estrito não o é, pois não existiu processo legislativo prévio à sua formação. Ela possui este nome porque já entra para o ordenamento jurídico antes mesmo de ser aprovada pelo poder Legislativo. O propósito de uma MP está disposto no artigo, já mencionado, 62 da CF/88,

onde urgência e relevância são vistas cumulativamente. Por sua peculiaridade como norma, observa-se a ideia do controle de constitucionalidade.

Esta representa a Supremacia da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico, a rigidez constitucional e a proteção dos direitos fundamentais. Uma vez atingidos os direitos sociais e econômicos, passam eles a arrogar-se como garantia constitucional e um direito subjetivo, assim, obedecendo ao Princípio da Proibição de Retrocesso Social. Essa ideia é um olhar “para frente”, no sentido de melhorar progressivamente as condições de vida da população.

A discussão frente à Medida Provisória 664 atinge, também, aos servidores públicos federais. Observar os impasses relacionados no âmbito do regime próprio junto às modificações do regime geral é automático, entendendo-se a dupla citação em todos os problemas encontrados e pontuados.

A discussão acerca dos direitos feridos é ampla, como dita Justen Filho (2013), o uso da Medida Provisória, como escrita na lei, decorre da relevância à urgência do que se quer tratar. Tem-se como relevante aquela medida que sobressai das demais, e como urgência, aquilo que é inadiável ou indispensável visto a ocorrência de um iminente risco. O Governo, diante a alegação de *déficit*, inferiu a necessidade de adequação do sistema previdenciário para corrigir distorções e com isso economizar despesas. Isto se vem há tempos reiterando. Mas, por ora, considerando que, se há décadas a Previdência se mantém “devedora”, como é veiculado pelo Governo, não se vê urgência para acabar com tal situação, deixando este problema se perpetuar por tanto tempo. Não havendo este requisito, também, há ausência de relevância. Com isso, usar justificativas não fundadas e, de uma hora para outra, desrespeitar todo um ordenamento jurídico descrito como força maior para a manutenção de uma sociedade não é cabível.

Diante da não demonstração de urgência da MP, verifica-se a existência de um vício formal na sua edição. Só por isso, poderia ser demonstrado, via Ação Declaratória de Inconstitucionalidade, sua contraposição em face da Constituição.

O artigo 246 da Carta Magna veda a edição de Medida Provisória que regulamente artigo da Constituição ao qual a redação tenha sido alterada por meio de emendas promulgadas entre 1º de janeiro de 1995 até 11 de setembro de 2001. Em 1998 entrou em vigor a Emenda Constitucional número 20 legislando acerca de matéria previdenciária, portanto, constituindo flagrante irregularidade diante da Norma Maior, uma vez que a Medida Provisória em questão versa diretamente nesta matéria.

Na Seguridade Social, onde a Previdência é incluída, disposto na Constituição Federal no artigo 194, parágrafo único, se constitui objetivo precípua a universalidade da cobertura. Segundo o conceito de Edson Rueda Júnior: “A seguridade deve abranger a todos que dela necessitam e atender a cobertura dos riscos sociais da forma mais ampla possível.” (RUEDA JR., 2003, p. 14).

A proteção social deve alcançar a todos que dela necessitem garantindo a reparação dos eventos que surjam. Fazendo uma interpretação do disposto, leva-se à conclusão que tal cobertura não pode ser reduzida, mitigada. O legislador constituinte preocupou-se somente com a manutenção e expansão da seguridade social, não cogitando, em nenhuma hipótese, seu retrocesso. Deste modo, restringir o alcance da cobertura, criando óbices, antes não vistos, para a fruição de alguns benefícios previdenciários, vai de encontro ao que consagra o Texto Maior.

O artigo 201 da Constituição Federal explicita o que é Previdência Social. Nela, têm-se seus princípios e objetivos basilares para esta modalidade de proteção. Ao que positiva a lei, os eventos causadores dos infortúnios listados, ficam amparados por suas respectivas proteções. Assim, a Medida Provisória 664/2014 traz alterações que desprotegem alguns beneficiários que necessitam destes suportes. Com foco no benefício da Pensão por Morte, o artigo supracitado, em seu inciso 5º, traz claro o benefício da Pensão como seguro ao cônjuge, companheiro ou companheira e dependentes do segurado que vier a falecer.

O escopo de tal benefício previdenciário é tutelar à família, compensando-os, pela quebra súbita e irreversível da renda dos familiares que dependiam economicamente do falecido. Em conjunto, este dispositivo é harmônico com outras legislações ordinárias. No caso do evento morte do segurado ou segurada, a esposa ou esposo, companheira ou companheiro, cônjuge e dependentes, estarão, no mínimo, com suporte para garantir a subsistência na continuidade civil. Estará, caso tenha, o filho amparado para seu desenvolvimento até atingir sua maioridade, como prescreve o Estatuto da Criança e Adolescente; ou seja, como em outro dispositivo constitucional (artigo 226),

A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. Assim, só mostra que, a nova medida provisória expõe a distância de coerência entre a justificativa para sua implementação, e a sua real função quanto norma para quem dela necessita (grifos nossos).

Como visto, a Carta Magna aborda, também, as regras inerentes à convivência humana. Põe o regramento constitucional à família, como célula maior da sociedade, impondo ao Estado a competência para essa ordenação jurídica.

3 O SISTEMA PREVIDENCIÁRIO BRASILEIRO QUE REGULA A PENSÃO POR MORTE: DA CONSTITUIÇÃO À LOAS

A seguridade social no Brasil, quanto à gestão do Regime Geral da Previdência, é organizada pelo Ministério da Previdência Social, devendo ser executada pelo Instituto Nacional do Seguro Social, auxiliada pelas secretarias estaduais de assistência social, estando envolvidos, ainda, o Ministério da Saúde (as secretarias dos estados da federação) e o Ministério do Trabalho e Emprego. Há ainda os Regimes Próprios de Previdência, sob a gestão dos entes federativos (estados, municípios, Distrito Federal) que os criarem, sendo que a Saúde e a Assistência Social podem ser assumidas pelos entes federativos. (ARAÚJO, 2006).

Este dispositivo está fundado sobre as bases da proteção social através do custeio universal pelas pessoas físicas e jurídicas capazes de contribuir. Assim, só confere imunidade de contribuição, ou seja, deixam de fora do custeio de suas prestações somente aqueles que possam oferecer, em contrapartida, algum benefício dentro do mesmo sistema de seguridade social. Conceituando-se Seguridade Social por Martins (2008, p. 19) tem-se:

O Direito da Seguridade Social é um conjunto de princípios, de regras e de instituições destinado a estabelecer um sistema de proteção social aos indivíduos contra contingências que os impeçam de prover as suas necessidades pessoais básicas e de suas famílias, integrado por ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, visando assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Já Araújo (2006, p. 9) dispõe que:

Todo homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar social, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e serviços sociais indispensáveis, direito à segurança no caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

Então, tem-se como pilar para um crescimento harmônico da sociedade, uma condição social mínima, necessária para uma vida digna atendendo ao fundamento da República contido no art. 1º, III, da CRFB/88.

Os objetivos da Seguridade Social, conforme previsto no texto constitucional, visam à implementação de políticas públicas, destinadas ao atendimento nas áreas de saúde pública, assistência social e previdência social. Ao longo dos anos, processos foram criados visando englobar as necessidades aos anseios das famílias a fim de garantir a salvaguarda de seus membros.

Dentro dessa política de proteção, saúde e assistência são gratuitas, ou seja, não existe pagamento, de nenhuma espécie, para o acesso ao direito desse suporte. Assim, com a perspectiva de proteção outorgada gratuitamente pelo Governo criou-se a LOAS (Lei Orgânica da Assistência Social) decretada pela lei 8.742 de dezembro de 1993. Nela há a ideia contida, basicamente, do amparo, como dever do Estado (e respectivo direito do cidadão), ao atendimento às necessidades básicas sociais.

As necessidades básicas são um conjunto de seguranças sociais nas áreas de educação, saúde, trabalho, habitação, cultura, renda e convivência. Uma família deve ser considerada amparada pelo órgão estatal quando tiver ingresso a um padrão mínimo de qualidade de vida e acesso a direitos básicos.

O artigo 2º, inciso I, da LOAS, deixa claro os objetivos a serem alcançados, *verbis*:

Art. 2º A assistência social tem por objetivos:

I – a proteção social, que visa à garantia da vida, à redução de danos e à prevenção da incidência de riscos, especialmente:

- a) a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;
- b) o amparo às crianças e aos adolescentes carentes;
- c) a promoção da integração ao mercado de trabalho;
- d) a habilitação e reabilitação das pessoas com deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; e
- e) a garantia de um salário-mínimo de benefício mensal à pessoa com deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.

Este instrumento jurídico (LOAS) passou por significativos avanços desde sua criação, que consolidaram seus princípios e possibilitaram seu aperfeiçoamento. Merece destaque a instituição do Sistema Único de Assistência Social (SUAS) no ano de 2011 (lei 12.435/2011), que descentralizou a prestação dos serviços socioassistenciais, tornando-a mais efetiva à população em situação de vulnerabilidade. A LOAS propõe que a Assistência Social seja entendida como uma garantia de cidadania sob responsabilidade do Estado. Neste contexto, é corroborado o papel vital deste como autor de promoção e articulação dos meios necessários para que os direitos sociais previstos nesta lei sejam assegurados, universalizando a cobertura e o acesso aos serviços, programas e projetos previstos por ela.

O artigo 203 da Constituição Federal de 1988, em seus incisos, traz um rol de objetivos solidificados a fim de disciplinar o referido comando legal que assegura a assistência social para quem dela necessitar, independente de qualquer tipo de contribuição ou filiação à Previdência Social. Assim, o Texto Maior consolida a proteção de quem necessite de Assistência sem o dispêndio pecuniário.

Portanto, a proteção da família e dos seus membros é tutela de responsabilidade do Estado, visa um cuidado à garantia de acesso às condições básicas e dignas da vida social. Ter, dessa forma, qualquer retrocesso ou norma que crie óbice de proteção àqueles, torna-se um confronto merecedor de cuidado à sua promulgação.

O mínimo existencial abrange os ditames do artigo 5º do dispositivo constitucional e preserva a igualdade de todos, sem distinção de qualquer natureza, e garante um rol de direitos inerentes a cada um, os quais são invioláveis. Toda a pessoa é sujeito de direitos e deveres e como tal deve ser tratada. Do ponto de vista jurídico, fala-se de um "mínimo existencial" que, ligado à realização dos direitos fundamentais, representa a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana.

Acerca da temática, Sarlet (2009, p. 67) na sua concepção de dignidade da pessoa humana define:

A qualidade intrínseca e distintiva reconhecida por cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos direitos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.

Visto que não apenas o Texto Maior se preocupou com a valorização da vida e à subsistência digna, leis ordinárias procuraram assegurar e reafirmar o compromisso do Estado quanto às medidas básicas de tutela. Acontece que, com a medida provisória 664 de 2014, esses princípios básicos foram desrespeitados. Com o advento desta, implementações colocaram impedimentos ao acesso do que antes era de direito livre. No que corrobora o retrocesso ao direito previdenciário pela Medida Provisória 664, tem-se o que diz o eminente jurista português Canotilho (2003, p. 338-339):

O princípio da democracia econômica e social aponta para a proibição do retrocesso social. A ideia aqui expressa também tem sido designada como proibição de contrarrevolução social ou da evolução reacionária. Com isso quer dizer-se que os direitos sociais e econômicos (ex: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo. A proibição de retrocesso social nada pode fazer contra as recessões e crises econômicas (reversibilidade fática), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos (ex: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação ao princípio da proteção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito econômico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana. [...]

A liberdade de conformação do legislador nas leis sociais nunca pode afirmar-se sem reservas, pois está sempre sujeita ao princípio da igualdade, princípio da proibição de discriminações sociais e de políticas antissociais. As eventuais modificações destas leis devem observar os princípios do Estado de direito vinculativos da atividade legislativa e no núcleo essencial dos direitos sociais.

Necessário se faz afirmar que com a nova regra a vigorar, em alguns benefícios, confirmam de modo atenuado o choque entre o valor desta norma e o que pressupõe a Carta Maior do ordenamento social. Como nada pode intervir aos direitos fundamentais positivados na Constituição Federal, obstruir o acesso às necessidades que positiva tanto a CRFB/88 e a LOAS, por um instrumento tão frágil como a medida provisória, é retroceder ao que dita “Garantias Fundamentais”.

Respalda a família e seus membros em momentos difíceis é inquestionável. Chancelar barreiras de acesso a mínimos existenciais contradita, sob qualquer justificativa, uma concepção de melhoria à máquina pública. O Governo efetivou políticas modificadoras a fim de assegurar economia no subsistema previdenciário. Dentre os 3 pilares da Seguridade Social, é o único que precisa contribuir financeiramente para se ver protegido.

A Previdência Social é um dos programas da Seguridade Social que têm por função garantir a renda do trabalhador e de sua família quando este é atingido por um dos riscos sociais, tais como: velhice, invalidez ou morte. Este sistema é de fundamental importância, protegendo a família e seus membros, assegurando ao contribuinte e seus dependentes com base no princípio da solidariedade, benefícios ou serviços, quando se está impossibilitado de exercer suas atividades laborais ou quando é atingido pelo evento de morte.

Dentre as diversas prestações existentes na carteira da Previdência Social há a cobertura do evento morte. Para este infortúnio, tem-se a concessão da Pensão por Morte. Este é um dos mais importantes benefícios em um sistema de previdência. Visa um cuidado aos dependentes do segurado quando o mesmo é acometido de uma perda significativa e impactante no continuar da vida. É de fundamental importância sua concessão, pois objetiva amparar os dependentes em um dos momentos mais cruciais que uma família pode enfrentar, afinal, é a preservação desta e a manutenção da sobrevivência que o benefício primeiro preserva.

O arcabouço constitucional da previdência social ofertado pela CRFB de 1988 não admite uma proteção pela metade ou temporária ao evento morte. Tanto que, no artigo 201 do Texto Maior prescreve que o regime geral da previdência social atenderá, nos termos da lei, entre outros, ao evento morte, como já frisado. O inciso V, do mesmo artigo, privilegia, sem

impedes, a pensão por morte e, ainda, tem o cuidado de lembrar que esse benefício não poderá ter valor inferior ao salário-mínimo. O Texto Constitucional sobre esse evento se fez e se quer amplo para cumprimento da função de amparo ao cônjuge, companheiro ou companheira e dependentes; e conceder esse benefício de outra maneira que não por completo é negar a cobertura securitária assegurada pela letra expressa da Constituição.

Analisando as modificações propostas pela nova medida provisória, têm-se pontualidades merecedoras de avaliação antes de sua aceitação como significativa mudança no ordenamento previdenciário. Muito se indagou acerca da carga negativa das prestações beneficiárias em relação ao orçamento da Previdência Social. Os “culpados” da vez seriam os servidores públicos, os trabalhadores rurais e a pensão por morte. Como o presente estudo é direcionado a um dos “vilões”, mister faz a análise pormenor deste.

Muitas insatisfações são direcionadas à pensão por morte, dentre as quais se podem listar: cônjuges que não precisam provar dependência econômica, se casarem novamente não perde o benefício, e ainda por cima recebem 100% do que seria a aposentadoria do segurado falecido, qualquer que seja o número de dependentes. A única questão é que se esquece de demonstrar historicamente como a legislação atingiu a redação atual.

Uma família costuma ser constituída dos cônjuges ou companheiros e filhos menores de 21 anos ou inválidos. Assim, o orçamento desta célula se compõe dos rendimentos dos cônjuges que trabalham, e a dependência econômica entre eles é claramente presumida. Com o que antes não se exigia carência, no artigo 25, inciso IV, da Lei de Benefícios da Previdência Social (com a redação introduzida pela MP 664/14), preconiza ser devido o pagamento do benefício de pensão por morte aos dependentes apenas quando tiverem sido vertidas à autarquia 24 contribuições mensais ou na hipótese de o segurado já estar em gozo de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez. Juntamente, agora é necessário, também, comprovar um tempo mínimo de 2 anos, seja pra casamento, quanto início de união estável, para o recebimento desta prestação previdenciária. Tal situação foge do racional, pois em se tratando de um Seguro Social, e sendo a morte imprevisível, é evidente que não se pode exigir tempo de carência. A imposição de ratificação desses requisitos, como exige a nova norma, é, no mínimo, um absurdo constrangedor, sem falar que, uma vez que tais medidas reduziram o campo de incidência dos benefícios previdenciários sem a redução no *quantum* contributivo, elas também feriram a regra da contrapartida prevista no artigo 195, inciso V, da Constituição Federal.

Outro ponto questionável, talvez o maior deles, é a redução de 100% do valor da pensão para 50% do valor da aposentadoria que o segurado percebia ou daquele que teria

direito a aposentadoria por invalidez na data do falecimento, acrescido de cotas individuais de 10% por dependente, limitado a cinco. Cita-se aqui, mais uma vez, o confronto direto com o princípio respaldado no artigo 226 da Carta Magna, que assegura que a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado e os princípios da segurança jurídica e da vedação ao retrocesso social, posto que a pensão por morte integral e vitalícia é direito já adquirido pelo trabalhador e consagrado pela nossa Constituição Federal de 1988. Numa interpretação do dito no parágrafo 5º, do artigo 195, CF, se nenhum benefício pode ser criado ou majorado sem a correspondente fonte de custeio, o entendimento contrário é válido, onde nenhum benefício previdenciário pode ser extinto ou minorado sem a correspondente diminuição na contribuição previdenciária vertida, o que deixa correlato o elo entre contribuição e benefício. Ainda nesse contexto, a MP 664/2014 reduziu benefícios, ocasionando um inconstitucional desequilíbrio no sistema. No que textualiza o ministro Celso de Mello:

Sem causa suficiente, não se justifica a instituição (ou a majoração) da contribuição de seguridade social, pois, no regime de previdência de caráter contributivo, deve haver, necessariamente, correlação entre custo e benefício. A existência de estrita vinculação causal entre contribuição e benefício põe em evidência a correção da fórmula segundo a qual não pode haver contribuição sem benefício, nem benefício sem contribuição. (BRASIL, ADI 2010 MC/DF).

Dessa forma, não há o que se falar da majoração da contribuição e o corte de benefícios sem a redução no *quantum* contributivo.

CONCLUSÃO

A falta de coerência nas alterações na legislação causou diversas consequências no sistema previdenciário brasileiro. Foi fundamental expor opiniões de juristas, autores e doutrinas contrárias à lei para alicerçar o quanto é evidente seu prejuízo à população.

Frisa-se, necessária e indispensável, elucidar a dificuldade de embasamentos mais recentes acerca do tema, uma vez que tal ramo do Direito está em constante mudança e evolução. Reformas e discussões tramitam ainda no Congresso Nacional esperando, desta feita, mais reformas no que tange a previdência no âmbito dos segurados.

Neste estudo, no primeiro item, observou-se a vigência original do texto disciplinar previdenciário fazendo um paralelo do antes e depois da minirreforma conhecendo o intuito da construção de mecanismos protetivos contra os infortúnios da vida. Ainda, os princípios constitucionais basilares para assegurar a “defesa” efetiva contra esses problemas e a afronta que a MP 664 proporcionou contra tais dizeres.

Observou-se o erro da análise de alegação de “déficit da previdência”, enxergando uma problemática mais macro, evidenciando o custeio do sistema da seguridade, ao invés de um olhar específico, e adentrando no que seria a pensão por morte, exaltando sua postulação pós reforma.

No segundo item, foi abordada a conceituação e fragilidade do instrumento da medida provisória como causador de modificações impactantes no sistema previdenciário. Assim, foram explicadas as contradições da chefia de Estado em infringir as garantias sociais consagrados na Carta Magna e os princípios, tanto da Seguridade, quanto da Previdência Social.

No terceiro e último item, foram explicitados os objetivos da Seguridade Social. A LOAS elucida as necessidades básicas do segurado. Apesar disso, há oposição do Governo em sustentar os gastos da máquina pública, infringindo Direitos Fundamentais dos cidadãos. Foi, também, destacado a Previdência Social, especificamente o benefício da pensão por morte, culminando na análise dos motivos ensejadores da proposição da MP no que tange as modificações neste benefício.

Com isso, apenas aqui foi feita uma demonstração do interesse em discutir e tentar contribuir para o alcance de clarezas e seguir com o que nos mantém firme como sociedade, a obediência à lei e o papel fundamental de cada indivíduo em busca do cumprimento do seu papel como responsável pelo bem comum a todos.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Francisco Carlos da Silva. Seguridade social. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1272, 25 dez. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9311>>. Acesso: 15 maio 2016.

BRASIL, República Federativa do. **Constituição Federal (1988)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso: 15 maio 2016.

_____. **Lei nº 8742, de 07 de setembro de 1993**. Dispõe sobre a organização da assistência social e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18742compilado.htm>. Acesso: 15 maio 2016.

_____. STF - Supremo Tribunal Federal, **ADI 2.213-MC**, rel. min. Celso de Mello, julgamento em 4-4-2002, Plenário, *DJ* de 23-4-2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/vernoticiadetalle.asp?idconteudo=284891>. Acesso em: 14 maio 2016.

_____. STF - Supremo Tribunal Federal, **ADC 11-MC**, voto do rel. min. Cezar Peluso, julgamento em 28-3-2007, Plenário, DJ de 29-6-2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=809>. Acesso em: 14 maio 2016.

_____. STF - Supremo Tribunal Federal, **ADI 2010 MC**, rel. min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgamento em 30/09/1999, DJ 12-04-2002. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000018002&base=baseAcordaos>. Acesso em: 14 maio 2016.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. 11ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003.

GENTIL, Denise Lobato. **A política fiscal e a falsa crise da seguridade social brasileira: análise financeira do período de 1990-2005**. Tese de Doutorado pela Universidade Federal do Rio de Janeiro, site. 2006. Disponível em: <<http://teses.ufrj/ED/DniseLobatoGentil.pdf>> Acesso em: 10 jun. 2015.

GLOBO.com. Segundo Mandato: Os discursos das posses. **G1**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/posse-de-dilma/segundo-mandato/os-discursos-das-posses.html>>. Acesso: 31 ago. 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 9. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros; 2006.

RIEDEL, Thais Maria de Resende Zuba. **O direito previdenciário e o princípio da vedação do retrocesso**. São Paulo: LTr, 2013.

ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR Junior, José Paulo. **Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

RUEDA Jr., Edson. Princípios da Seguridade Social: Análise dos princípios aplicáveis à seguridade especial. 2003. **DireitoNet**. Disponível em: <www.direitonet.com.br/artigos/>. Acesso: 15 maio de 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana na Constituição Federal de 1988**. 7. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

INCONSTITUCIONALIDADE DA REDUÇÃO DA CARGA HORÁRIA DO PROFESSOR MEDIANTE A OJ Nº 244 DA SDI – I DO TST

Fernanda Karoline Oliveira Calixto

Bacharela em Direito, professora da Universidade de Ciências da Saúde de Alagoas e do Centro Universitário Cesmac. Analista jurídica do Ministério Público Estadual de Alagoas. Integra o Núcleo de Estudos em Direito Internacional e Meio Ambiente da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Alagoas.

Maria Kelly Silva Oliveira

Aluna do décimo período do Curso de Direito do Centro Universitário Cesmac

RESUMO: *Este artigo tem a finalidade de demonstrar que a redução da carga horária do professor concedida pela OJ nº 244 da SDI – I do TST é inconstitucional. Cumpre evidenciar que a pesquisa buscou subsídio no direito do trabalho que trata das relações de trabalho, incluindo o trabalho do professor, bem como na Constituição Federal, esta que também institui algumas normas para esse profissional, incluindo o Princípio da Intangibilidade salarial.*

PALAVRAS-CHAVE: *Direito. Carga Horária. Professor.*

ABSTRACT: *This article is intended to demonstrate that reducing the workload of the teacher granted by OJ No. 244 of SDI - I TST is unconstitutional. Meets evidence that the research sought subsidy in labor law dealing with labor relations, including the teacher's work, as well as the Federal Constitution, it also establishes some standards for this business, including the principle of wage Intangibility.*

KEYWORDS: *Labor Law. Reduction of Hours of Professor. Labour Relations.*

INTRODUÇÃO

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), recepcionada pela Constituição Federal como Lei Ordinária, através de normas especiais, regula a categoria dos professores a partir do seu art. 317. As condições de trabalho desses profissionais também são abarcadas por outras fontes do direito do trabalho, como as sentenças normativas, convenções e acordos coletivos de trabalho, princípios, dentre algumas outras fontes.

Nesse sentido, vários são os princípios que são utilizados como fontes para decisões dos magistrados. O princípio da proteção, também chamado de princípio protetor ou tutelar, consiste na utilização da norma e da condição mais favoráveis ao trabalhador, de forma a tentar compensar juridicamente a condição de hipossuficiente do empregado. O princípio da

inalterabilidade contratual lesiva veda as alterações do contrato de trabalho que tragam prejuízo ao empregado.

Podemos citar, também, como importante referencial, o princípio constitucional da intangibilidade salarial, segundo o qual não se admite a restrição à livre disposição do salário pelo empregado.

Diante do tema apresentado, se faz necessário trazer à tona o seguinte problema: A OJ nº 244 da SDI – I do TST estaria violando o Princípio Constitucional da Irredutibilidade Salarial?

Pois bem, em resposta ao parágrafo supra, percebemos que há sim uma afronta ao princípio constitucional da irredutibilidade salarial, tendo em vista que o salário do professor é atingido quando se percebe que o número de alunos sofreu redução, transmitindo para o trabalhador o ônus da parte contrária, empregador, que diante de uma situação vulnerável é quem tem o dever de enfrentar as consequências, principalmente, quando houver prejuízo da parte hipossuficiente.

A jurisprudência tenta distinguir redução da carga horária da redução do valor da hora aula, institutos que implicam em uma mesma consequência, qual seja, a redução salarial do professor.

É salutar observar que a problemática apresentada como peculiar à temática constituída se embasa na necessidade de pesquisar academicamente de que forma a OJ nº 244 da SDI – I do TST viola o princípio constitucional da irredutibilidade salarial, bem como de que modo a redução da carga horária do professor resulta na diminuição da remuneração dessa categoria. Diante desse cenário, há de se ressaltar que existe um entendimento jurisprudencial através de uma OJ conflitando com normas constitucionais, além de normas trabalhistas específicas contidas na CLT.

Por conseguinte, é importante destacar que a temática a ser desenvolvida com a pesquisa é pertinente, atual e de extrema importância para um Estado que disciplina em seu próprio texto constitucional os direitos e garantias fundamentais dos trabalhadores. Não se pode olvidar da importância desse assunto quando em nosso próprio Estado o número de instituições de ensino é cada vez mais crescente e, conseqüentemente, a quantidade de ações nesse sentido tende a crescer, sobrecarregando o trabalho da Justiça, quando, na verdade, uma norma bem aplicada diminuiria bastante as ações judiciais nesse sentido.

A fim de abordar o assunto, o objetivo geral desse artigo consiste em demonstrar que a OJ nº 244 da SDI – I do TST afronta o princípio constitucional da irredutibilidade salarial,

buscando afastar a aplicação de entendimentos que resultem na ilegalidade da aplicação do direito.

A metodologia utilizada no presente estudo foi a pesquisa do tipo teórico, utilizando-se como norte o método dedutivo e, sobretudo, a pesquisa bibliográfica (livros, jurisprudência e legislação brasileira). O objetivo do trabalho é demonstrar, através da legislação existente, que a redução da carga horária do professor, ainda que haja a diminuição do número de alunos, é inconstitucional.

Insta evidenciar que, para chegar às conclusões expostas, a metodologia também se valeu de um estudo qualitativo englobando um exame acurado acerca da doutrina existente.

1 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A Constituição Federal é a lei maior. Assim, todo o ordenamento jurídico deverá estar em conformidade com os preceitos da Constituição, tanto sob o ponto de vista formal, observando-se a correta competência para a edição da norma jurídica e a acertada realização do processo legislativo previsto na elaboração do ato normativo, quanto sob o ponto de vista material, ou seja, a adequação do conteúdo da norma aos princípios e regras constitucionais. (CARVALHO, 2011, p. 320).

Pode-se defini-la como o sistema de normas jurídicas que estabelecem a estrutura do Estado, forma de governo, modo de aquisição, exercício e limitação do poder, bem como a instituição de direitos e garantias fundamentais do cidadão. (BITTENCOURT, 2007, p. 18).

Depreende-se da leitura deste conceito que, constitucional é todo ato normativo do poder público ou lei que estejam conforme interesses constitucionalmente previstos. (CARVALHO, 2011, p. 319). Desse modo, os atos e leis que não se amoldem aos preceitos da Constituição são considerados inconstitucionais.

A inconstitucionalidade consiste, conforme conceitua Marcelo Caetano, “no vício das leis que provenham de órgão que a constituição não considere competente, ou tenham sido elaboradas de acordo com o processo prescrito na constituição ou contenham normas opostas às constitucionalmente consagradas.” (CARVALHO, 2011, p. 325).

A supremacia da Constituição é “a expressão de uma intenção fundacional, configuradora de um sistema todo que nela se baseia; tem uma pretensão permanência ou duração, o que parece assegurar-lhe uma superioridade sobre as normas ordinárias”. (CARVALHO, 2011, p. 322). Mas, de nada valeria a supremacia inerente à Constituição, se

não existisse um meio eficaz de mantê-la, junto à possibilidade de manter a sustentação de sua superioridade e de sua força normativa.

Dirley da Cunha (2011, p. 39) destaca que em razão da supremacia constitucional, todas as normas jurídicas devem compatibilizar-se, formal e materialmente, com a Constituição. Ao contrário, a norma que se apresenta lesiva ao preceito constitucional, deverá ser invalidada e afastada do sistema jurídico positivado, através do controle de constitucionalidade, sendo forma de assegurar a supremacia do texto constitucional.

Quando se trata de averiguar constitucionalidade, é necessário se observar a adequação de uma lei ou de um ato normativo com a constituição nos seus aspectos formais e materiais: o controle de constitucionalidade é

um juízo de adequação da norma infraconstitucional (objeto) à norma constitucional (parâmetro), por meio da verticalização imediata de conformidade vertical entre aquela ou esta, com o fim de impor a sanção da invalidade à norma que seja revestida de incompatibilidade material ou formal com a Constituição. (MORAES, 2006, p. 145).

Contudo, para que haja esta preservação do texto constitucional, tem de haver também a compreensão da Constituição como norma jurídica fundamental, que é o que ocorre no ordenamento brasileiro, pois a Constituição é peça chave para a garantia dos direitos fundamentais. Nesse sentido, a Constituição da República Federativa do Brasil, classificada como escrita, formal e rígida, possui caráter imperativo, tratando-se da norma fundamental do ordenamento jurídico pátrio. Assim, tudo que se posiciona em escalonamento hierárquico inferior a ela, tem de se adequar aos preceitos que ela traz. (PADILHA, 2016).

Ensina Dirley da Cunha (2011, p. 96-100) que o controle de constitucionalidade no Brasil sofreu várias alterações desde a Constituição de 1824 até a atual. Apenas com a Emenda Constitucional de nº 16, de 26 de novembro de 1965, passou a ser utilizado em nosso ordenamento jurídico, o modelo misto de controle constitucional, que abrange tanto o modelo difuso-incidental, a quem compete exercer os juízes e tribunais, quanto o concentrado-principal, o qual é da competência do Supremo Tribunal Federal.

No Brasil adotou-se um sistema de controle predominantemente judicial, competindo assim ao Poder Judiciário exercer o controle de constitucionalidade. Sendo influenciado pelos sistemas de controle de constitucionalidade americano e austríaco, pode-se afirmar que em regra, os órgãos judiciais são os competentes para averiguarem a compatibilidade das leis e atos normativos com a Constituição Federal. (SCHULZE; GONÇALVES, 2013).

No estudo em questão, o entendimento da inconstitucionalidade é a sanção à violação do Texto Magno. Aplicando-se ao caso dos professores, um dos dispositivos do Texto

Constitucional que resta violado quando da redução da remuneração do professor é o art. 7º, VI e VII, senão vejamos:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;

VII - garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável; [...].

Assim, o texto da OJ nº 244 da SDI – I do TST está violando o texto da Carta Política acima transcrito, tendo em vista a possibilidade da redução da carga horária do professor, em virtude da diminuição de alunos, logo, há de se perceber que o salário do professor, dessa forma, é atingido.

A interpretação dessas duas normas gera a obrigatoriedade da aplicação do controle de constitucionalidade, tanto por violar a norma do poder constituinte originário, principal característica, como também para se fazer cumprir o sistema de Constituições escritas, do tipo rígidas, adotado pelo Brasil.

É importante destacar que as orientações jurisprudenciais se apresentam como condensação de série de acórdãos, do mesmo tribunal, que adotem idêntica interpretação de preceito jurídico em tese, com caráter obrigatório e de cunho persuasivo, transformando-as em uma norma de caráter geral, abstrato, impessoal e imperativo, equiparando-se à fonte formal.

A fonte formal, inclusive as orientações jurisprudenciais, como jurisprudência, é a reiterada interpretação conferida pelos tribunais às normas jurídicas, a partir do julgamento de casos concretos levados à apreciação do Poder Judiciário.

A primeira consequência – sobremaneira relevante – dessa exigência de formalidades especiais para a reforma da Carta Política é que nos ordenamentos de Constituição rígida vigora o princípio da supremacia formal da Constituição. Vale dizer, nesses sistemas jurídicos que adotam Constituição do tipo rígida, as normas elaboradas pelo poder constituinte originário são colocadas acima de todas as outras manifestações de direito. (PAULO; ALEXANDRINO, 2016, p.771).

Considerando-se que as orientações jurisprudenciais se enquadram na categoria de “outras manifestações de direito”, e confrontando-se o texto da OJ nº 244 da SDI – I do TST com o texto do art. 7º, alíneas VI e VII, da Constituição Federal, há de se perceber a incompatibilidade desses dois dispositivos.

A segunda consequência está relacionada com o princípio da supremacia da Constituição, que se caracteriza pelo controle de constitucionalidade das leis, tendo em vista um país que adota um ordenamento de Constituição escrita e rígida.

O reconhecimento da supremacia da Constituição e de sua força vinculante em relação aos Poderes Públicos torna inevitável a discussão sobre formas e modos de defesa da Constituição e sobre a necessidade de controle de constitucionalidade dos atos do Poder Público, especialmente das leis e atos normativos. (MENDES, 2014, p. 1028).

Diante dos argumentos aqui expostos, é de clareza hialina a proteção constitucional que se dá à remuneração do professor. Logo, mais uma vez, podemos reforçar a proibição da redução da remuneração dessa categoria profissional.

2 PRINCÍPIOS QUE REGULAM O DIREITO DO TRABALHO

O direito do trabalho é um ramo específico do direito e, assim sendo, tem seus próprios princípios. Sem sombra de dúvida, poder-se-ia dizer que o princípio é onde começa algo. É o início, a origem, o começo e a causa. O princípio vem do latim *principium*, princípio, com o significado de origem, começo e base. É nesse ponto de partida que começaremos a enxergar que além das leis que regulam o direito do trabalho, existem também os princípios, que são o ponto de partida de como deverão ser aplicados caso a caso (MARTINS, 2014).

Os princípios também tutelam as relações de trabalho, devendo ser respeitados. Especificamente no direito do trabalho, são muitos os princípios que norteiam a relação de trabalho do professor.

Sustentam também o ordenamento jurídico, dando solidez ao caso concreto, pois, segundo Martins (2014, p.69): “o princípio é a bússola que norteia a elaboração da regra, embasando-a de forma para sua interpretação. Os princípios influenciam as regras”.

Nesse sentido, é de clareza hialina o respeito que se deve aos princípios, pois, como as normas, são reguladores e necessitam de observância.

No mesmo entendimento, Rezende (2014, p.65) nos explica: “Princípios são os elementos de sustentação do ordenamento jurídico, elementos estes que lhe dão coerência interna”.

Segundo Correia (2013, p. 42):

Os princípios representam a base do ordenamento jurídico. O direito do trabalho possui princípios específicos, que desempenham funções essenciais para interpretação e aplicação das normas trabalhistas. Esses princípios servem de orientação para os aplicadores do direito (Juízes, procuradores do

trabalho, advogado etc.) e tem, ainda a função de inspirar e orientar os legisladores (deputados e senadores) na elaboração das leis.

Os princípios são utilizados como sustentações do ordenamento jurídico, sendo, portanto, os alicerces do sistema jurídico, não podendo o legislador ou até mesmo juízes ignorá-los, tendo em vista que os princípios orientam, condicionam e iluminam a interpretação das normas jurídicas.

Não existe consenso sobre quantos são os princípios do direito do trabalho, pois variam de doutrinador para doutrinador. Portanto, entrar-nos-emos nos mais importantes princípios aplicados ao direito do trabalho.

2.1 PRINCÍPIO DA INALTERABILIDADE CONTRATUAL LESIVA

Esse princípio veda as alterações do contrato de trabalho que tragam prejuízo ao empregado, ao contrário, as alterações favoráveis ao empregado são permitidas e inclusive incentivadas pela legislação.

Inspirado no princípio civilista de que os contratos devem ser cumpridos (*pacta sunt servanda*), o princípio da inalterabilidade contratual lesiva assume contornos específicos a fim de adequar-se ao sistema de proteção justralhista. (RESENDE, 2013, p. 32).

O contrato é a união de duas ou mais vontades convergentes. Entretanto, antes da conclusão do contrato há fases preparatórias, conversas, entendimentos, debates e discussões. O ajuste entre as partes só se opera após o acordo final.

Neste sentido contratual, os arts. 444 e 468 da CLT preveem:

Art. 444 - As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

O contrato, como visto em seu conceito acima, reúne duas ou mais vontades, ou seja, as regras serão estabelecidas diante de duas ou mais pessoas que vão ajustando suas vontades. No entanto, as cláusulas estabelecidas têm de estar de acordo com as regras normativas.

Art. 468 - Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

Não pode qualquer das partes desfazer uma cláusula prevista no contrato sem o consentimento das demais pessoas participantes na relação contratual, assim, toda e qualquer alteração contratual depende de consentimento de todos que participam da relação

estabelecida, não obstante a observação quanto às alterações que causem prejuízo, sendo estas proibidas.

É importante ressaltar que não cabe no Direito do Trabalho, em regra, a cláusula civilista de revisão dos contratos em razão de fatos supervenientes que tornem sua execução excessivamente onerosa para uma das partes (*rebus sic stantibus*), tendo em vista que os riscos do empreendimento cabem exclusivamente ao empregador, art. 2º, *caput*, da CLT.

Percebe-se que, o Princípio da Inalterabilidade Contratual Lesiva veio para fortalecer o contrato de trabalho, bem como proteger o empregado de certos prejuízos. Logo, trazendo esse princípio para o assunto tratado aqui, percebe-se que a redução do salário do professor atingiria diretamente o princípio em destaque.

Senão vejamos o entendimento jurisprudencial:

PROFESSOR. REDUÇÃO SALARIAL. ALTERAÇÃO CONTRATUAL LESIVA. PRINCÍPIO DA APTIDÃO PARA A PROVA. A redução do número de horas-aula ministradas por professor configura alteração unilateral do contrato de trabalho, em ofensa aos arts. 7º, VI, da Constituição da República e 468 da Consolidação das Leis do Trabalho. A hipótese vertente não comporta qualquer possibilidade de redução, seja porque a irredutibilidade de remuneração não foi expressamente prevista em norma coletiva de trabalho, seja porque não se desincumbiu a Instituição de Ensino do ônus de comprovar adequadamente a alegada diminuição de alunos, consoante princípio da aptidão para a prova. PROFESSOR. DANO MORAL. DIMINUIÇÃO DE TURMAS SEM JUSTIFICATIVA. [...]. É flagrante o dano moral para um professor que, ao longo do tempo e sem nenhuma justificativa plausível, vê suas turmas sendo-lhe retiradas e transferidas a outros professores. Recurso conhecido e não provido. (BRASIL. TRT-1, 2013).

A redução do número de horas-aula do professor constitui alteração lesiva unilateral do contrato de trabalho, devendo ser afastada, pois a legislação trabalhista proíbe, como já visto acima.

2.2 PRINCÍPIO DA INTANGIBILIDADE SALARIAL

Segundo o Princípio da Intangibilidade Salarial, não se admite o impedimento ou restrição à livre disposição do salário pelo empregado, protegida a sua natureza alimentar.

Essa noção de natureza alimentar parte do pressuposto de que a pessoa natural (pessoa física) garante sua subsistência com seu salário, isto é, a pessoa proverá suas necessidades básicas (alimentação, saúde, moradia, educação, transporte, lazer, etc.) se puder dispor de seu salário. (RESENDE, 2013, p. 33).

Cabe salientar que são muitos os dispositivos legais que regulam a disponibilidade do salário do empregado, vejamos alguns: “Art. 462 - Ao empregador é vedado efetuar qualquer desconto nos salários do empregado, salvo quando este resultar de adiantamentos, de dispositivos de lei ou de contrato coletivo.” (art. 462 da CLT).

Tal dispositivo é claro no sentido de ser proibido qualquer desconto no salário do empregado, com exceção de adiantamentos, dispositivos legais ou contrato coletivo.

Art. 649. São absolutamente impenhoráveis:

[...]

IV - os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, observado o disposto no § 3º deste artigo;

[...] (art. 649, IV, do Código de Processo Civil – CPC).

Depreende-se do Princípio da intangibilidade salarial, que o texto legal assegura ao trabalhador o montante e a disponibilidade do salário dos trabalhadores, dando assim uma proteção maior ao empregado, apenas existindo exceção quando Convenção ou Acordo Coletivo consentir, ainda assim, não poderá prejudicar o empregado, sendo observado também, que o princípio da intangibilidade salarial está vinculado ao princípio da proteção.

3 REDUÇÃO DA CARGA HORÁRIA DO PROFESSOR

O Direito do Trabalho será a fonte de proteção daqueles professores que não sejam funcionários públicos ou não gozarem de proteção especial. Os professores não podem ser considerados como autônomos, ainda que prestem serviços para estabelecimentos estaduais ou particulares, tendo em vista que a relação jurídica dos clientes se estabelece com a instituição de ensino e não com o professor, lembrando que é a instituição de ensino quem dirige o ensino, determina horários, dentre outras situações. É importante ressaltar que mesmo contratados para proferir algumas aulas ou curso de curta duração, não podem ser considerados alheios ao Direito do Trabalho, pois é uma atividade típica da empresa que, em alguns casos, deve ser ajustada mediante contrato de trabalho por tempo determinado. (CARRION, 2014, p. 297).

Nesse sentido, a lei limitou a carga horária do professor, conseguindo regular e proteger os direitos destes, bem como permitir um ensino mais eficiente, pois a finalidade desse dispositivo legal é afastar o desgaste físico e intelectual do docente.

Vejamos o que está disciplinado na CLT, arts. 318, 320 e 322.

Art. 318 - Num mesmo estabelecimento de ensino não poderá o professor dar, por dia, mais de 4 (quatro) aulas consecutivas, nem mais de 6 (seis), intercaladas.

Art. 320 - A remuneração dos professores será fixada pelo número de aulas semanais, na conformidade dos horários.

Art. 322 - No período de exames e no de férias escolares, é assegurado aos professores o pagamento, na mesma periodicidade contratual, da remuneração por eles percebida, na conformidade dos horários, durante o período de aulas.

Cabe ressaltar que, apesar do legislador ter se referido a “estabelecimento”, a limitação da jornada do professor está relacionada ao empregador, à empresa. Logo, o empregador não pode anotar diversos contratos de trabalho com o mesmo professor, um para cada estabelecimento, tentando fugir da jornada máxima legal. (CARRION, 2014, p. 297).

A disposição do art. 318 da CLT se estende para os professores de ensino fundamental, médio, superior (graduação e pós-graduação) e especial. Não se aplica, contudo, aos professores de curso fora da esfera do Ministério da Educação (MEC), ou seja, de ensino livre, como preparatório, curso de dança, de música, etc. (CARRION, 2014, p. 298).

Na mesma linha de raciocínio acima, salienta-se que a duração da hora-aula constitui opção da instituição, prevista em seu projeto pedagógico ou em norma coletiva em face do art. 26, III, da Lei nº 9.394/96 (LDB), que dispõe: “duração da hora-aula por disciplina definida de acordo com o projeto político-pedagógico da escola”. Logo, a hora-aula pode ser de 40, 50, 60 minutos, ou outra duração, a critério da universidade, de acordo com o princípio da flexibilidade consagrado pela legislação atual. (CASSAR, 2014, p. 659).

É importante frisar que hora e hora-aula não são sinônimos. “Hora é um segmento de tempo equivalente ao período de 60 (sessenta) minutos. Hora-aula corresponde à hora de atividade ou de trabalho escolar efetivo, sendo esse, portanto, um conceito estritamente acadêmico, ao contrário daquele, que é uma unidade de tempo.” (CASSAR, 2014, p. 659).

Destaca-se que são consideradas funções de magistério as exercidas por professores e especialistas em educação no desempenho de atividades educativas, quando exercidas em estabelecimento de educação básica em seus diversos níveis e modalidades, incluídas, além do exercício da docência, as de direção de unidade escolar e as de coordenação e assessoramento pedagógico. (L. 9.394/96, art. 67, §2º, alt. L. 11.301/06).

Diante desse contexto, ultrapassado o limite de horas-aula estabelecido pela legislação (mais de quatro horas-aula consecutivas, sem intervalo), o professor terá direito ao adicional de 50% incidente sobre as aulas que ministrou após a 4ª hora. Vejamos a OJ nº 206 da SDI-I do TST:

206. PROFESSOR. HORAS EXTRAS. ADICIONAL DE 50% (inserida em 08.11.2000)

Excedida a jornada máxima (art. 318 da CLT), as horas excedentes devem ser remuneradas com o adicional de, no mínimo, 50% (art. 7º, XVI, CF/1988).

Nada impede que o professor ministre aula em estabelecimento de ensino diverso, pois o limite se aplica para cada empregador.

Outro ponto que cabe destacar é o trabalho extraclasse que compreende todo o tempo despendido pelo professor nas demais obrigações docentes, como correção de provas, de trabalhos, preparo das aulas e dos exames. Estas atividades não podem ser consideradas como hora extra, pois já são incluídas na remuneração do professor, cuja jornada já é reduzida para compensar estes afazeres e o desgaste mental, diferentemente do que ocorre com as reuniões exigidas pela Instituição de Ensino ou cursos de preparação que podem ser considerados como hora extra. (CASSAR, 2014, p. 660).

O termo “janela” corresponde ao “tempo vago” (ou tempo à disposição) que o professor permanece à espera de outra aula, isto é, o período que fica aguardando entre uma e outra aula, em virtude da escala de horários fixada pela instituição de ensino. Isso não se confunde com o intervalo intrajornada para descanso e alimentação. (CASSAR, 2014, p. 660).

Resume-se que tanto o trabalho extraclasse quanto as janelas são compreendidos como de serviço efetivo, e como tal devem ser remunerados.

Como visto acima, as normas para a categoria de professores são tuteladas pelo Direito do Trabalho, estando o profissional dessa área sujeito a todas as regras da CLT, especificamente no Título III – Das Normas Especiais de Tutela do Trabalho.

Quanto à redução da carga horária do professor, o TST, através da OJ nº 244 da SDI-I, entende cabível quando há diminuição do número de alunos. Vejamos:

244. PROFESSOR. REDUÇÃO DA CARGA HORÁRIA. POSSIBILIDADE (inserida em 20.06.2001)

A redução da carga horária do professor, em virtude da diminuição do número de alunos, não constitui alteração contratual, uma vez que não implica redução do valor da hora-aula.

O dispositivo supra é incompatível com o nosso ordenamento jurídico, tendo em vista que vários dispositivos legais são infringidos. A impossibilidade da redução do salário do professor leva em consideração três aspectos, primeiro, os riscos do empreendimento correm por conta e risco do empregador (Princípio da Alteridade); segundo, o art. 468 da CLT veda alterações contratuais lesivas como a redução da jornada de trabalho, para empregados que recebem por hora trabalhada (Princípio da Inalterabilidade Contratual Lesiva); terceiro, o

número de aulas se incorpora no patrimônio jurídico do professor, configurando o art. 483, alínea g, da CLT, que prevê a rescisão indireta quando ocorrer redução significativa de peça ou tarefa.

Percebe-se que a condição para a redução da carga horária do professor constitui, sim, alteração contratual, acarretando a redução do salário dos profissionais dessa categoria. Estabelecido o contrato entre as partes contratantes, é de fiel observância todas as cláusulas nele contidas, sob pena de o profissional ficar à mercê do empregador, revertendo o encargo do risco do empreendimento para o empregado, afrontando o Princípio da Alteridade.

Ainda com relação à OJ, insere-se que a relação contida no texto da mesma é de causa e consequência, onde nela se estabelece a redução da carga horária do professor em virtude da redução do número de alunos, infringindo o art. 468 da CLT, configurando alteração contratual ilícita, pois o salário do professor sofrerá redução.

Os princípios que norteiam cada aspecto serão especificados mais adiante, todos eles servem de justificativa para demonstrar que a redução da carga horária do professor, segundo a OJ N° 244 da SDI – I do TST é ilegal e inconstitucional. 2 Art. 7º “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo; [...]”

A inconstitucionalidade está relacionada à inobservância do dispositivo supra. É um direito previsto na própria Constituição e que merece total respeito, sob pena da inconstitucionalidade da norma infratora.

Para Carrion (2014, p. 298), “a irredutibilidade salarial é norma legal genérica, que se aplica também ao professor.”

Há jurisprudência no sentido de considerar ilegal a diminuição da remuneração em virtude da evasão de alunos, vejamos:

Professor. Salário. Redução Motivada pelo Empregador. Impossibilidade. Em tese, a redução da remuneração mensal do professor é perfeitamente possível na mesma proporção da redução do número de aulas, mas apenas se isso se der por interesse, necessidade ou conveniência do próprio empregado. Essa redução já não será possível em caso de evasão de alunos ou por extinção da cadeira ou do turno antes lecionado pelo professor porque, nessas hipóteses, a alteração consulta o interesse da sociedade empresária, e não o do empregado, ou decorre de uma vicissitude de mercado que, embora afete diretamente o trabalhador, não lhe diz respeito, porque se liga com a natureza e a sorte do negócio. Inteligência do artigo 321 c/c 468 da CLT. [...]. (BRASIL, TRT-1, 2014, RO 5565220135010241-RJ, Internet).

A defesa para a irredutibilidade da carga horária do professor conta com vários princípios constitucionais e trabalhistas que veremos detalhadamente a seguir, bem como por

alguns fundamentos como: a) os riscos do empreendimento correm por conta e risco do empregador; b) o art. 468 da CLT veda alterações contratuais lesivas como a redução da jornada de trabalho, para empregados que recebem por hora trabalhada; e c) o número de aulas se incorpora no patrimônio do professor, configurando o art. 483, g, da CLT, que prevê a rescisão indireta quando ocorrer redução significativa da peça ou tarefa. (MIESSA; CORREIA, 2015).

Diante do exposto, o salário do professor não deve ser vinculado ao número de alunos, estes que apenas compõem o corpo docente da instituição de ensino, não fazendo parte da relação de emprego existente entre as partes contratantes.

Logo, infere-se da OJ N° 244 da SDI – I do TST que o risco da atividade empresarial passou a ser do obreiro, ferindo, assim, um dos requisitos da relação de emprego.

4 ALTERIDADE

A alteridade é um dos requisitos caracterizadores da relação de emprego, vejamos o que Resende (2013, p. 74) afirma:

Etimologicamente, alteridade significa natureza ou condição do que é outro, do que é distinto. No âmbito do Direito do Trabalho, e mais especificamente da relação de emprego, o requisito da alteridade significa que o empregado trabalha por conta alheia, o que implica que ele não corre o risco do negócio. Esse requisito (que alguns denominam princípio da alteridade) é extraído do art. 2º da CLT, segundo o qual empregador é “a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços.

Há de se ressaltar que há doutrinadores como Barros (2005) apontando a alteridade como fonte protetora da irredutibilidade salarial do professor, fundamentando que os riscos do empreendimento correm por conta e risco do empregador.

A redução do número de aulas do professor acarreta a justa causa do patrão, afirma Barros (2005), vejamos o dispositivo legal que ocasiona a despedida indireta:

Art. 483 - O empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando: [...]

g) o empregador reduzir o seu trabalho, sendo este por peça ou tarefa, de forma a afetar sensivelmente a importância dos salários.

A OJ N° 244 da SDI – I do TST não observa que a redução da carga horária do professor provoca a inobservância do Princípio da Alteridade, além de ensejar a resolução do contrato de trabalho, podendo, o professor, alegar a despedida indireta, conforme o dispositivo acima.

Analisando, portanto, o Princípio da Alteridade, tem-se que os riscos da atividade empresarial correm por conta exclusiva do empregador, não sendo legal a incumbência desse atributo contratual ao empregado.

Diante de todo o trabalho exposto até aqui, percebe-se que a OJ N° 244 da SDI – I do TST deve ser declarada inconstitucional por ferir todos os dispositivos legais mencionados acima, objetivando a proteção do empregado professor que é parte hipossuficiente na relação de trabalho.

CONCLUSÃO

Depreende-se, do estudo desenvolvido, que a intenção foi demonstrar a inconstitucionalidade da OJ N° 244 da SDI – I do TST, ou seja, a redução da carga horária do professor em virtude da diminuição do número de alunos não pode persistir. Todos os argumentos apresentados são extraídos de normas vigentes no nosso ordenamento jurídico, enfatizando ainda mais a necessidade imediata da decretação de inconstitucionalidade da referida OJ.

A presente pesquisa compactua com tal pensamento, pois, deve-se entender, conforme consolidação doutrinária, que a redução da carga horária do professor infringe o princípio constitucional da irredutibilidade salarial.

É sabido que nenhum direito pode ser tido como absoluto e se no verso temos o direito ao salário, no anverso temos o direito à irredutibilidade salarial. Contudo, há quem defenda a redução salarial dos professores mediante a redução do número de alunos.

Percebeu-se no decorrer da pesquisa que o grande problema da OJ N° 244 da SDI – I do TST está relacionado à afronta ao princípio constitucional da intangibilidade e da irredutibilidade salarial, consagrado no art. 7º, VI, da CF/88. A intangibilidade significa proteção dos salários contra descontos não previstos em lei. Logo, a mencionada OJ deve ser decretada inconstitucional.

Cabe salientar que a CLT, através de normas especiais, regula a categoria dos professores. Como foi visto anteriormente, a aplicação da OJ N° 244 da SDI – I do TST viola três dispositivos legais da CLT, a saber, o art. 468 que veda as alterações contratuais lesivas, art. 2º que considera do empregador os riscos da atividade econômica e o art. 483, *g*.

A OJ N° 244 da SDI – I do TST se apresenta desconforme ao ordenamento jurídico nacional, tanto no que concerne à redução da carga horária do professor, quanto no tocante ao quesito da diminuição do valor da hora-aula, tendo em vista a implicação direta ao princípio da alteração contratual lesiva, estando arraigada de inconstitucionalidade material.

Todo o ordenamento jurídico deverá estar em conformidade com os preceitos da constituição sob o ponto de vista material, ou seja, a adequação do conteúdo da norma aos princípios e regras constitucionais. Percebe-se, no entanto, que a aplicação da OJ em comento é deveras desconforme com o princípio constitucional da irredutibilidade salarial, que tem como pedra de toque a natureza alimentar do salário.

Ainda no caso em tela, a OJ Nº 244 trata de uma norma que afronta outro princípio do direito do trabalho, qual seja, a inalterabilidade contratual lesiva que, no estudo apresentado, está pautado nas vedações às alterações do contrato de trabalho que tragam prejuízo ao empregado, tendo em vista que a redução do valor da hora-aula do professor constitui alteração contratual.

Diante de todo o exposto, cabe aos interessados provocar o Poder Judiciário, que como visto é o responsável pelo controle de constitucionalidade, para que este se posicione acerca da inconstitucionalidade demonstrada nesta pesquisa, fazendo-se necessária a retirada da OJ Nº 244 da SDI – I do TST do nosso ordenamento jurídico, fundamentada na proteção constitucional que se dá à remuneração do professor.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.

BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. **Curso de Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 07 mai. 2015.

_____. TST. **RO: 5565220135010241 RJ**. Relator: JOSÉ GERALDO DA FONSECA, Data de Julgamento: 10/12/2014, Data de Publicação: DJ 16/12/2014. Disponível em: <<http://trt-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/158645146/recurso-ordinario-ro-5565220135010241-rj>>. Acesso em: 23 set. 2015.

_____. TST. **RO: 6558820125010004-RJ**. Relator: Sayonara Grillo Coutinho Leonardo Da Silva, data de julgamento: 20/03/2013, data de publicação: DJ 15/04/2013. Disponível em: <<http://trt-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24905892/recurso-ordinario-ro-6558820125010004-rj-trt-1>>. Acesso em: 23 set. 2015.

CARRION, Valentin. **Comentários à CLT**. 39. ed. São Paulo: Saraiva. 2014.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 17. ed. rev. atual e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: Método, 2014.

CORREIA, Henrique. **Direito do Trabalho**. 5. ed. Salvador. Juspodivim, 2013.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de constitucionalidade** – teoria e prática. 5. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodvm, 2011.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique. **Súmulas e orientações jurisprudenciais do TST comentadas e organizadas por assunto**. 5. ed. Salvador. Juspodivm, 2015.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra, 2001.

MORAES, Guilherme Penã de. **Direito Constitucional-Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PADILHA, Rodrigo. **Classificação das constituições**. Disponível em: <<http://www.rodrigopadilha.com.br/antigo/adm/pdfs/1306765255.pdf>>. Acesso em: 05 out. 2014.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Vicente. **Direito constitucional descomplicado**. 15. ed. São Paulo: Saraiva.

RESENDE, Ricardo. **Direito do trabalho esquematizado**. 3. ed. São Paulo: Método, 2013.

SARAIVA, Renato; MANFREDINI, Aryanna ; SOUTO, Rafael Tonassi. **CLT**. 8. ed. São Paulo: Método, 2013.

SCHULZE, Clenio Jair; GONÇALVES, Yáskara Luana. O controle de constitucionalidade brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3703, 21 ago. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24965>>. Acesso em: 06 out. 2014.

A EFETIVIDADE DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA POR MEIO DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL NOS TRIBUNAIS DE ALAGOAS

Sérgio Coutinho dos Santos
Mestre em Sociologia pela UFAL. Professor do curso de
Direito do Centro Universitário CESMAC

Yana Larissa Calheiros Ferreira da Silva
Graduanda em Direito.
Centro Universitário CESMAC

RESUMO: *A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência faz parte da nossa Constituição Federal, desde 2009. Estudamos a escassez de informações sobre ela nos tribunais alagoanos. Usamos, para isto, a análise de acórdãos sobre pessoas com deficiência, visando saber sobre a efetividade da Convenção nesses tribunais. Através de análises quantitativas e qualitativas acerca dos dados obtidos e por meio do pragmatismo jurídico foi detectada a não utilização da Convenção como fundamentação jurídica.*

PALAVRAS- CHAVE: *Pessoas com deficiência – Convenção – Prestação Jurisdicional.*

ABSTRACT: *The Convention on the Rights of People with Disabilities is part of our Constitution since 2009. We study the lack of information about it in the courtrooms of Alagoas. To do so, we used judgements' analysis about handicapped people, in order to know the fully effectiveness of the Convention in those courtrooms. Through quantitative and qualitative analysis about the obtained data and through the legal pragmatism there was detected the non-utilization of the Convetion as a legal basis.*

KEY-WORDS: *People with disabilities – Convention – Constitutional Provision.*

INTRODUÇÃO

O artigo visa informar sobre a situação dos tribunais de Alagoas em face da aplicação da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Foram realizadas análises quantitativas e qualitativas de modo a dar um parâmetro geral do que vem ocorrendo nos instrumentos de justiça alagoanos.

Este estudo tornou-se possível por meio do Programa de Iniciação Científica (PSIC) do Centro Universitário CESMAC, tendo sido realizada a pesquisa entre 2014 e 2015.

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência foi promulgada no Brasil em 2009, pelo Decreto nº 6.949/2009. Por ser um tratado de direitos humanos, é ratificado como parte de nossa Constituição, nos termos do art. 5º da Constituição brasileira. A terminologia empregada é de acordo com o modelo social, no qual, segundo Laís Lopes “a

deficiência é resultante de uma função em que o valor final depende de outras duas variáveis independentes, quais sejam: as limitações funcionais do corpo humano e as barreiras físicas, econômicas e sociais impostas pelo ambiente ao indivíduo.” (LOPES, 2013, p. 31).

Desta forma, podemos afirmar que se em uma sociedade hipotética, não houvesse quaisquer tipos de barreiras, a deficiência seria encarada como uma característica de diversidade. E por que “pessoas com deficiência”? O termo, como consta na Convenção, em sua apresentação, indica algo importante: que antes de quaisquer características estamos tratando de pessoas como quaisquer outras. Reconhecendo assim a titularidade de direitos e dignidade humana das mesmas, bem como a o papel do Estado de garanti-los.

1 MATERIAL E MÉTODOS

Foi feito um levantamento, quantitativo e qualitativo, através do pragmatismo jurídico. Acerca do método pragmático jurídico, salienta-se sua importância para essa pesquisa, uma vez que se almeja uma visão do que está sendo proferido nas decisões, as tendências e sua real aplicabilidade. No caso da pesquisa desenvolvida, a efetividade da Convenção. Apesar dos diferentes juízes, tribunais e ações diferentes, através de tal método é possível retirar determinada tendência, esta que nos dará a visão do poder judiciário alagoano.

Foram apurados os seguintes resultados: no total foram 44 recursos dos três tribunais, sendo: 15 do TJ/AL, 23 do TRF 5ª Região e 7 do TRT/AL, nos quais levou-se em consideração terminologia, tendência de encaminhamento a relator, recurso mais recorrente, objeto jurídico e fundamentação legal. Sobre os recursos de janeiro de 2008 a junho de 2014, o parâmetro fora estabelecido para detectar como eram proferidas as sentenças antes e após a Convenção ser sancionada no Brasil. Para a pesquisa, que foi realizada totalmente no ambiente virtual de cada tribunal, foram utilizadas as palavras chave: “deficiente”, “deficiência”, “necessidades especiais”. Salientando ainda, que se trata de dados censitários, disponibilizados pelos tribunais em seus ambientes virtuais.

2 CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência foi assinada na Organização das Nações Unidas em 30 de março de 2007, em Nova York. No Brasil, foi ratificada em 25 de agosto de 2009, por meio do Decreto n. 6.949, tendo assim, status de Emenda Constitucional e, por tanto, ser materialmente parte da Constituição Federal. Acerca

do processo de ratificação, definido pela EC nº 45/04, temos, conforme Lopes (2013), um importante marco para os direitos humanos no Brasil, uma vez que, houve a ratificação em tempo recorde, tratamento nunca antes dispensado para este segmento do direito.

Embora não haja uma comissão específica para fiscalização acerca do cumprimento da Convenção nos países que a ratificaram, eles se comprometeram a serem monitorados por todos os mecanismos globais de proteção de direitos humanos. Neste ponto, destaca-se a sociedade civil, “para que a vigilância em relação à concretização dos direitos estabelecidos seja uma realidade” (LOPES, 2013).

Com o que já foi exposto acerca da importância de um dispositivo reconhecidamente universal, percebemos a força e importância que a Convenção possui, a qual já tem desde sua criação. Importante então para esta dita “minoría” tenha seus direitos verdadeiramente realizados, uma vez que “elas foram, e permanecem submetidas à arbitrariedade ou à boa vontade dos Estados.” (MORANGE, 2004, p. 431).

3 CONCEITOS

O Brasil, além da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, é signatário de importantes tratados de direitos humanos, como: Declaração Universal dos Direitos Humanos, Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, e o Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos, que formam a Carta Internacional dos Direitos Humanos. Os diversos documentos internacionais visam garantir direitos básicos a todos. Dentre os direitos assegurados, destaca-se a proteção paradigmática da dignidade da pessoa humana e da igualdade, como consta no preâmbulo do Pacto Internacional:

Os Estados Membros no presente Pacto, considerando que, em conformidade com os princípios proclamados na Carta das Nações Unidas, o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.

Então, percebemos a principal função dos direitos humanos, de tratar com igualdade e dignidade qualquer pessoa, promovendo assim, condições sociais, culturais, econômicas de vida a qualquer um. A partir daí entendemos, também o porquê das terminologias empregadas pela Convenção, que serão agora examinadas.

O conceito de “deficiência” adotado pela Convenção, não foge à regra da Constituição vigente e de seu art.5º onde encontramos os direitos fundamentais, uma vez que visam proteger a todos de qualquer discriminação, assim baseia-se no modelo social, no qual “a

deficiência é resultante de uma função em que o valor final depende de outras duas variáveis independentes, quais sejam: as limitações funcionais do corpo humano e as barreiras físicas, econômicas e sociais impostas pelo ambiente ao indivíduo. ”

Ao entendermos o conceito que foi adotado, baseado nos direitos humanos, pela Convenção em seu art. 1º temos a seguinte definição para o então termo “pessoas com deficiência”: “são aquelas que têm impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.”

Podemos, ainda, ver o quanto é importante é o papel dos direitos humanos na luta por direitos das pessoas com deficiência:

Essa nova abordagem dos direitos humanos em relação às pessoas com deficiência exige que os demais direitos humanos sejam revistados para que, no seu exercício, possam cumprir com a acessibilidade com um dispositivo reconhecidamente universal, que garante a equiparação de oportunidades para pessoas com deficiência. (LOPES, 2013, p. 48).

Esses apontamentos demonstram a importância da Convenção, trazendo ao Estado signatário da mesma, a “obrigatoriedade” de cumprimento em sua essência, na equiparação entre as pessoas independente das condições que lhe são peculiares, alcançando assim, a igualdade entre os seres.

4 PRAGMATISMO JURÍDICO

O pragmatismo jurídico tem sua origem nos Estados Unidos, com Charles Peirce e William James, na filosofia, mas podemos constatar o pragmatismo no trabalho de Jhering, em sua “Jurisprudência de conceitos”. Podemos definir como pragmatismo jurídico, segundo “uma corrente teórica antipositivista, aproveitando o postulado da separação entre direito e moral, mas prevendo uma decisão baseada não apenas na lei, mas na construção coletiva pelos precedentes judiciais e costumes arraigados na história.”. (CATÃO, 2014, p. 15).

Algo que necessita ficar claro é a diferença entre moral e pragmatismo, o que é moral tende a afastar-se do que é justo, uma vez que o juízo de valor tende a ser aquele pessoal adquirido através da sociedade e das experiências de cada um. Então, esclarecemos agora outro ponto: no que se baseia o método?

O pragmatismo tem três pilares que são: o contexto, a consequência e o anti-funcionalismo. Analisamos aquilo que está sendo empregado, nas decisões, o que está sendo decidido e como está além de saber-se a consequência daqueles atos. Não se baseia em

teorias, conceitos abstratos e sim, nos casos concretos. A partir daí, tem-se uma análise qualitativa acerca das decisões proferidas. (PEREIRA NETTO, 2014, p. 41).

Sendo fundamental para se entender como os magistrados estão aplicando e “fazendo” o direito. E, ainda, de extrema importância, uma vez que apesar das diferenças entre os julgadores pode-se notar e saber a tendência das decisões, absorvendo só aquilo que, realmente, for necessário, excluindo as excentricidades.

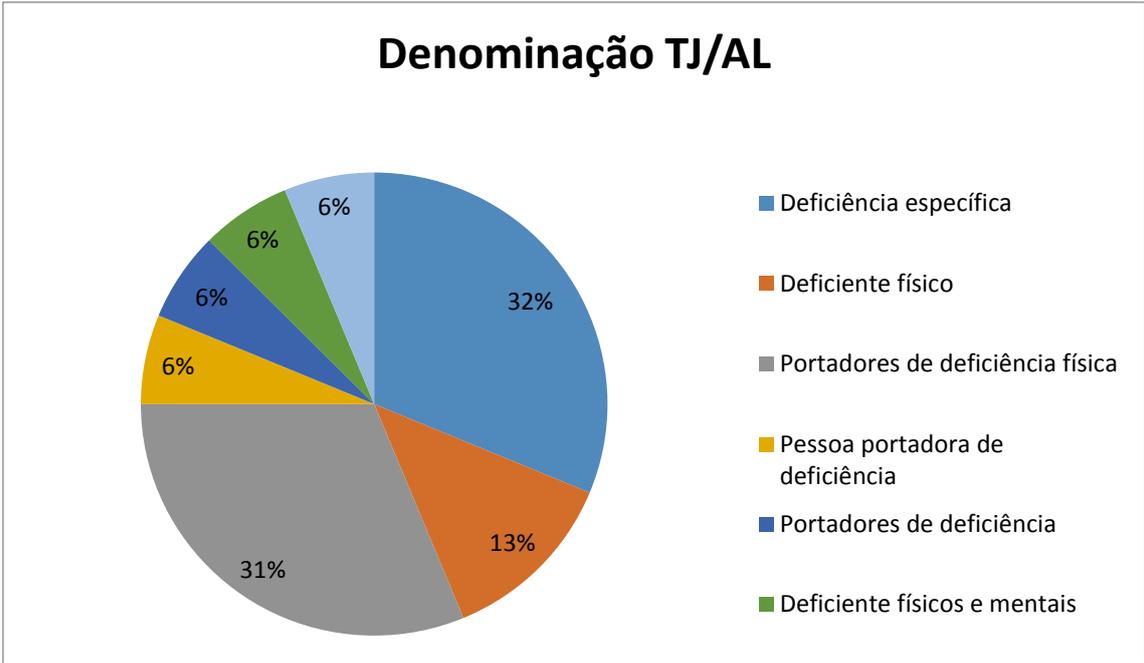
Tem ainda, como benefício, podermos identificar outros pontos, como tendência de encaminhamento de certo assunto a um determinado magistrado, as fontes empregadas, as terminologias utilizadas.

5 RESULTADOS

1.1 RESULTADOS QUANTITATIVOS

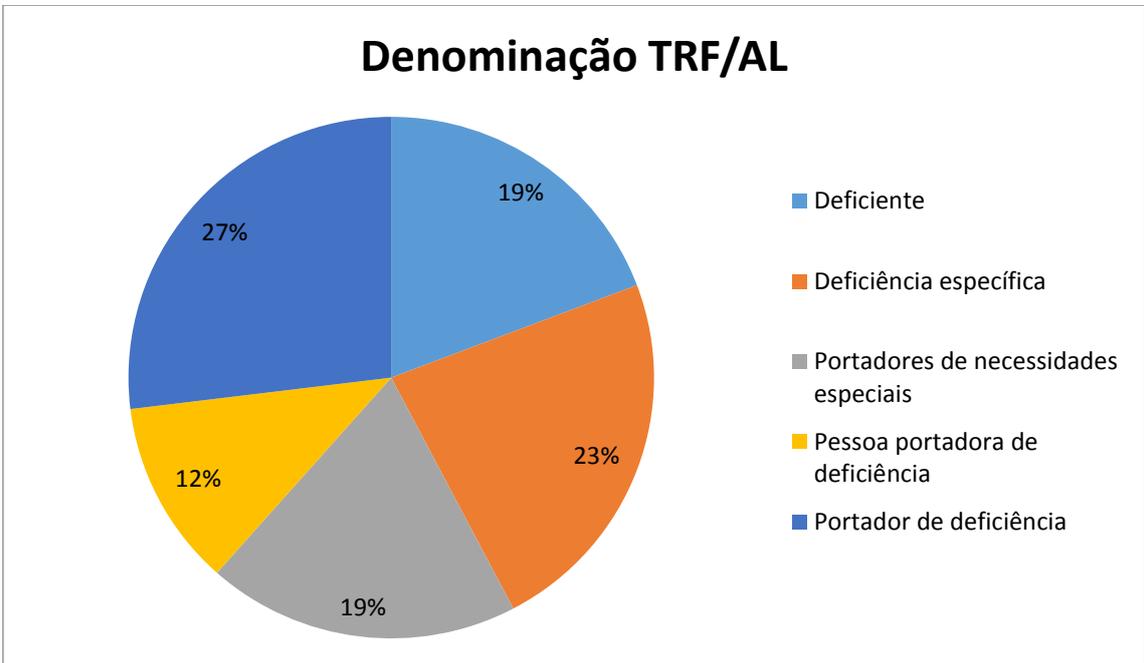
Ao observarmos os gráficos 1, 2 e 3 presentes, temos a descrição da nomenclatura apresentada pelos tribunais, Tribunal de Justiça de Alagoas (TJ/AL), Tribunal Regional Federal da 5ª Região (TRF/AL) e Tribunal Regional do Trabalho da 19ª Região (TRT/AL). Fica claro o desconhecimento do tribunal acerca da terminologia empregada na Convenção. É recorrente em todos os tribunais, que usem “deficiente”, ou a deficiência específica (Ex: Deficiente visual).

Gráfico 1: Denominação utilizada pelo Tribunal de Justiça de Alagoas, no período de janeiro/2008 a junho/2014, Maceió, 2014.



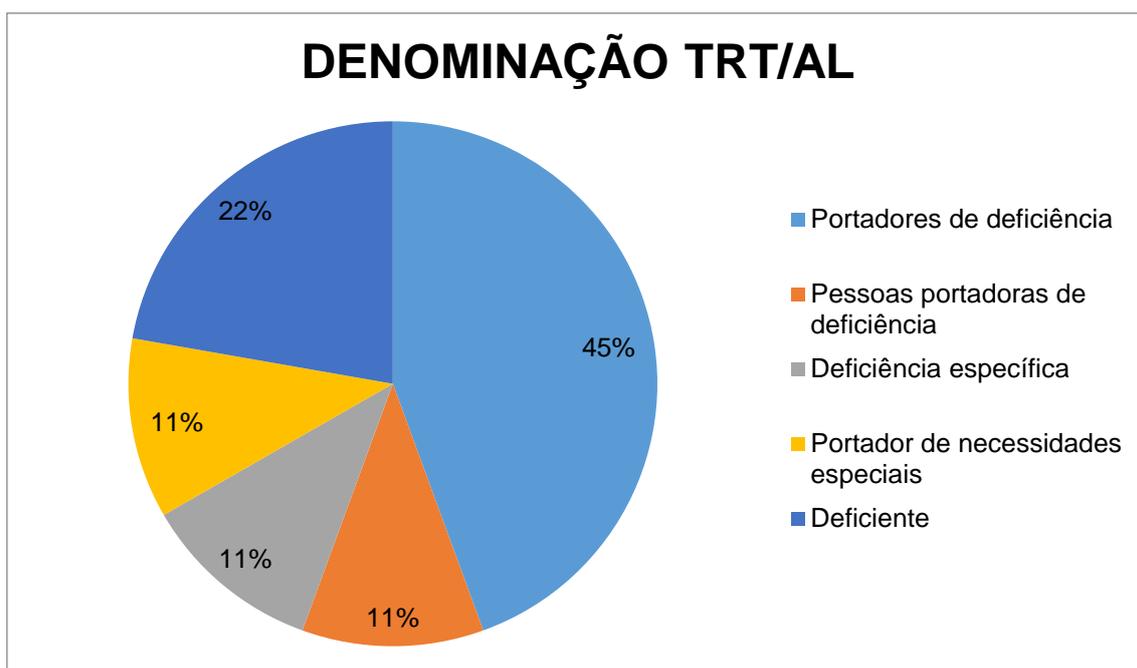
Fonte: dados da pesquisa.

Gráfico 2: Denominação utilizada pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, no período de janeiro/2008 a junho/2014, Maceió, 2014.



Fonte: dados da pesquisa.

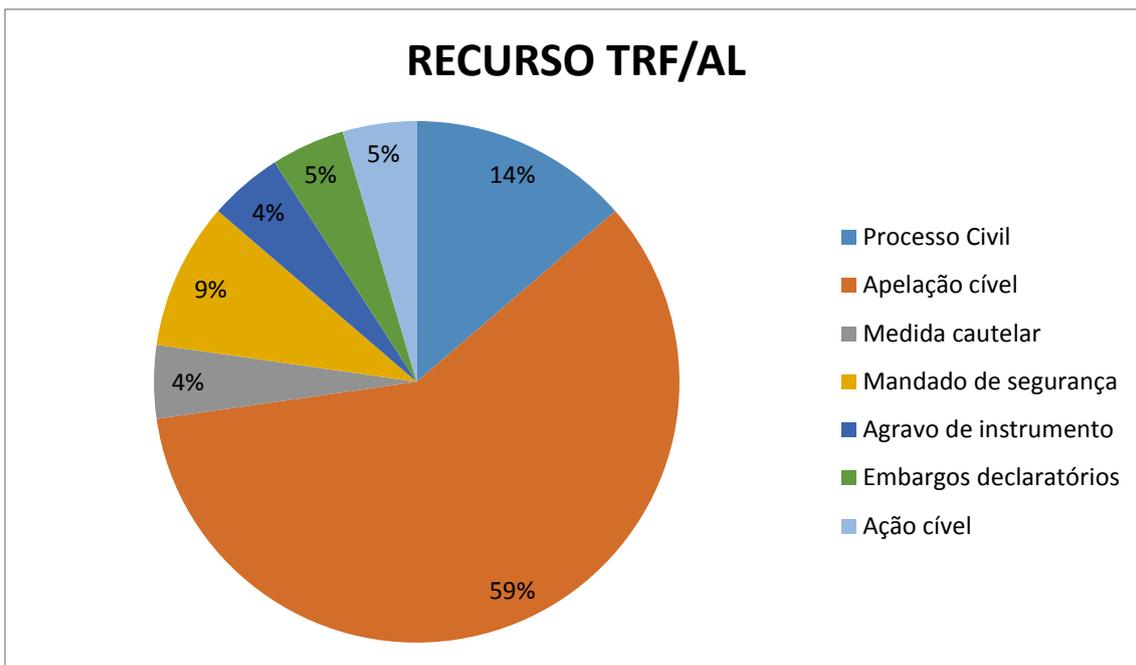
Gráfico 3: Denominação utilizada pelo Tribunal Regional do Trabalho da 19ª Região, no período de janeiro/2008 a junho/2014, Maceió, 2014.



Fonte: dados da pesquisa

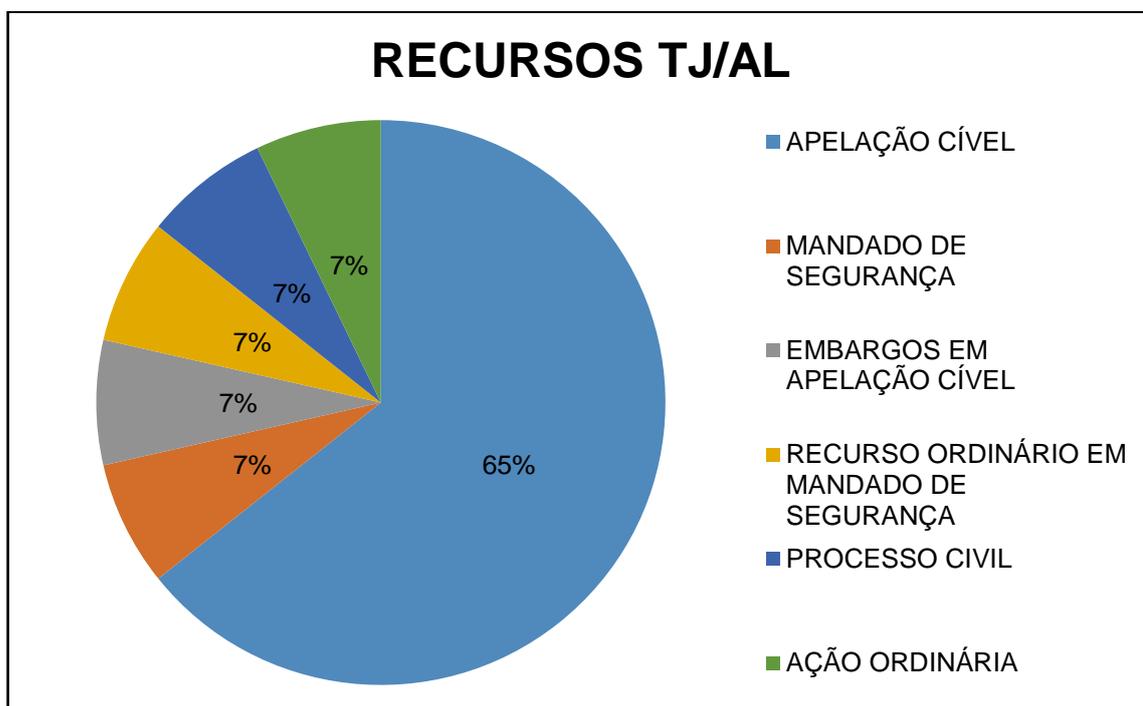
Ainda podemos ver os recursos que são empregados nos diferentes tribunais. Nos quais os gráficos 4 e 5, que trazem informações acerca dos recursos impetrados no Tribunal Regional Federal da 5ª Região e do Tribunal de Justiça de Alagoas, mostram a maior demanda em apelação cível, já no TRT/AL, gráfico 6, que também retrata os recursos impetrados neste tribunal, trata-se do recurso ordinário. Em nenhum dos tribunais fora detectado qualquer predileção por relator, portanto as fragilidades encontradas não são de modo algum seletivas, mas algo a ser compensado nos colegiados por todos seus componentes.

Gráfico 4: Recursos mais comuns impetrados junto ao Tribunal Regional Federal da 5ª Regional, no período de janeiro/2008 a junho/2014, Maceió, 2014.



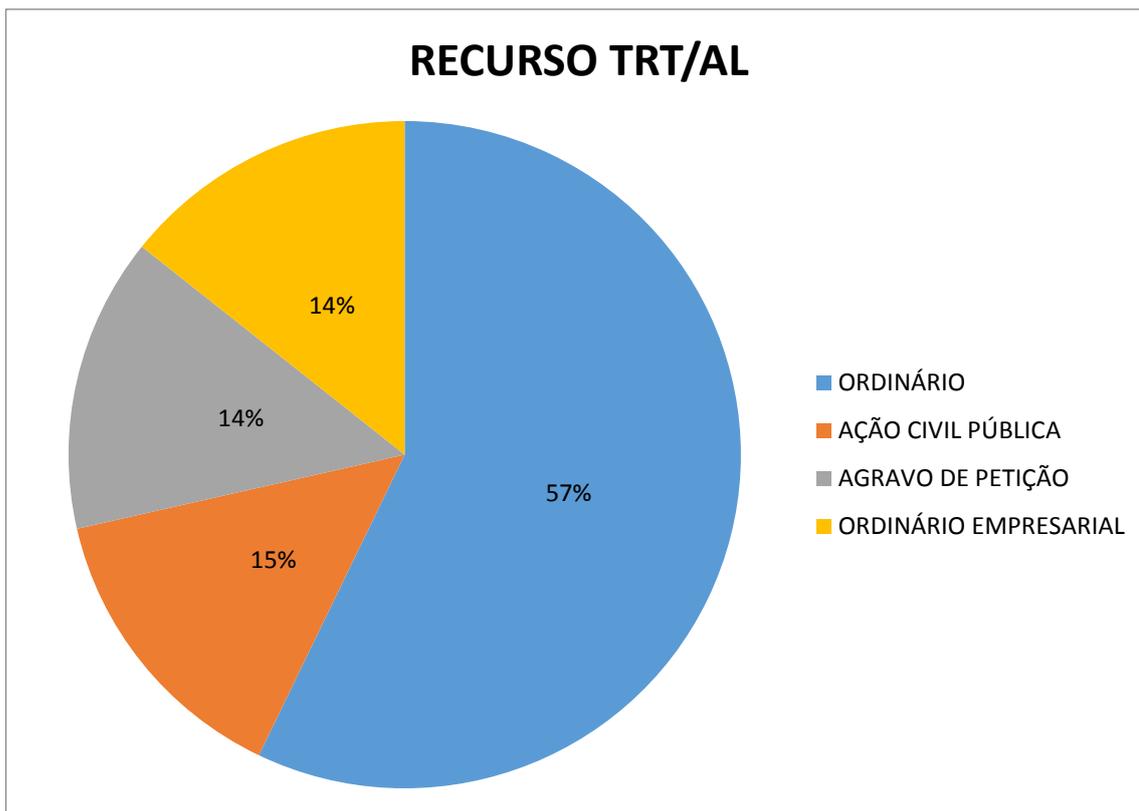
Fonte: dados da pesquisa.

Gráfico 5: Recursos mais comuns impetrados junto ao Tribunal de Justiça de Alagoas, no período de janeiro/2008 a junho/2014, Maceió, 2014.



Fonte: dados da pesquisa.

Gráfico 6: Recursos mais comuns impetrados junto ao Tribunal Regional do Trabalho da 19ª Região, no período de janeiro/2008 a junho/2014, Maceió, 2014.



Fonte: dados da pesquisa.

5.2 Resultados qualitativos

Ao analisar cada processo, podemos inferir recorrentes causas de pedir, quase sempre direcionadas a cotas para trabalho, tanto na esfera particular como pública. Identificamos, também, que a mesma causa de pedir, julgado pelo mesmo relator ou não, utilizam-se as mesmas fundamentações legais, pautadas em leis ordinárias e no art. 5º da Constituição Federal, mas sem qualquer lembrança da Convenção. Também foi encontrada, nas fundamentações legais, a utilização de convenções da Organização Internacional do Trabalho – OIT, logo não é uma questão de desconhecimento do Direito Internacional sobre a matéria.

A única exceção sobre a omissão legal foi a entrega pelo Tribunal Regional do Trabalho da 19ª Região, da Convenção em *braille* para os trabalhadores. Porém, obviamente, não se trata de um aspecto jurisprudencial, mas uma notícia no site do tribunal.

6 ANÁLISE TEÓRICA DOS RESULTADOS ENCONTRADOS. PRAGMATISMO E TEÓRICOS DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Podemos detectar nos processos analisados o receio dos tribunais em relatar a deficiência dos reclamantes, onde em um deles pleiteia-se o atendimento domiciliar, mas não se refere diretamente à deficiência para tanto. Em outros, pode-se ver a inacessibilidade a informação, onde o candidato a cargo público não pôde saber do resultado porque nenhum meio para tanto fora disponibilizado para que a informação fosse sabida pelo mesmo. Levando em consideração que a Convenção faz menção direta acerca deste último, em seu artigo 9º:

- f) Promover outras formas apropriadas de assistência e apoio a pessoas com deficiência, a fim de assegurar a essas pessoas o acesso a informações;
- g) Promover o acesso de pessoas com deficiência a novos sistemas e tecnologias da informação e comunicação, inclusive à Internet; [...].

Onde o Estado e toda sociedade devem adaptar-se para que todos, sem exceção, possam conviver e, principalmente, participar de forma ativa desta, como afirma Bezerra (2014, p. 72):

[...] as limitações individuais porventura existentes não são as raízes de problemas relacionados às deficiências, mas as limitações impostas pela própria sociedade. E aí também se pode incluir o Poder Público, com o oferecimento de serviços, ambientes e informações acessíveis apenas para alguns, o que resulta em obstáculos às pessoas, ainda mais àquelas que possuem alguma deficiência, impedindo-as do exercício, inclusive, de outros direitos.

Desta forma, entendemos que a principal barreira imposta às pessoas com deficiência são aquelas diárias, impostas, muitas vezes “com as melhores intenções”, pelos indivíduos que com elas convivem. Barreiras sociais impossibilitam a inclusão tanto quanto as físicas. São descritas na Convenção como barreiras atitudinais:

Em determinado caso, temos o autor exigindo o reconhecimento judicial de sua deficiência, que fora negado pela prestadora do concurso e também pelo juiz do 1º grau, alegando que não seria definida em lei como deficiência. Assim, entendemos a dificuldade que as pessoas com deficiência possuem, apesar de terem leis garantindo seus direitos, ainda há descaso e desconhecimento acerca das mesmas e até, de interesse para promover a garantia de seus direitos. Felizmente, o engano foi corrigido em segunda instância.

E, assim, entendemos que o tratamento não é de igualdade, mas para promovê-la, uma vez que é necessário tratar de forma diferente aqueles que possuem diferenças e, portanto promover condições de igualdade. Com isto, temos a Lei n. 8213/90, conhecida nos estudos

sobre pessoas como deficiência como Lei de Cotas. Ela trata de planos de benefícios da previdência e também da inclusão de pessoas com deficiência no mercado de trabalho, promovendo a inclusão social por meio de emprego. Obriga empresas com mais de 100 funcionários a contratar pessoas com deficiência.

No art. 26 da Convenção, temos:

Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência ao trabalho, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas. Esse direito abrange o direito à oportunidade de se manter com um trabalho de sua livre escolha ou aceitação no mercado laboral, em ambiente de trabalho que seja aberto, inclusivo e acessível a pessoas com deficiência. Os Estados Partes salvaguardarão e promoverão a realização do direito ao trabalho, inclusive daqueles que tiverem adquirido uma deficiência no emprego, adotando medidas apropriadas, incluídas na legislação.

De acordo com este dispositivo, o Estado passa a não ser só agente fiscalizador das medidas, como também passa a praticá-las, como o relatado na alínea g.

O mais preocupante de todas as informações apuradas é que não temos como saber se o acesso a justiça está de fato sendo garantido como deve ser feito, respeitando as condições diferenciadoras e, dando efetivo uso a este direito. O qual é garantido pela Convenção em seu art. 27 que traz as seguintes orientações:

1. Os Estados Partes assegurarão o efetivo acesso das pessoas com deficiência à justiça, em igualdade de condições com as demais pessoas, inclusive mediante a provisão de adaptações processuais adequadas à idade, a fim de facilitar o efetivo papel das pessoas com deficiência como participantes diretos ou indiretos, inclusive como testemunhas, em todos os procedimentos jurídicos, tais como investigações e outras etapas preliminares.
2. A fim de assegurar às pessoas com deficiência o efetivo acesso à justiça, os Estados Partes promoverão a capacitação apropriada daqueles que trabalham na área de administração da justiça, inclusive a polícia e os funcionários do sistema penitenciário.

A partir desta leitura e dos resultados apurados, onde em alguns casos não fora relatado de qual deficiência a pessoa possuía, cabe a nós indagarmos se estaria sendo cumprido o disposto neste artigo, não só no tocante a autores, réus e seus representantes, como também para testemunhas.

CONCLUSÃO

Ao fim das diversas análises por meio do pragmatismo jurídico, foi constatado o desconhecimento ou a falta de interesse na aplicabilidade da Convenção. Percebido diversas

fundamentações, até mesmo citando outro mecanismo internacional, mas nada fora encontrado acerca da convenção.

Temos assim, o retrato das ações impetradas pelas pessoas com deficiência em Alagoas, que ao que parece, não têm o primeiro direito no âmbito jurídico garantido, o de que seu processo seja julgado com celeridade. E temos mais, a que a falta de aplicabilidade da lei, extirpa os direitos mais básicos das pessoas com deficiência, concordando com a declaração do desembargador, única pessoa com deficiência visual neste cargo no país, Ricardo Tadeu Marques da Fonseca (apud RAMALHO, 2015, p. 28) de que ela é frágil, apesar de considerada como uma das mais avançadas do mundo. “Sua fragilidade evidencia-se [...] no desconhecimento de seu conteúdo pelos operadores do direito e pelos próprios cidadãos com deficiência”.

Desta forma, sabendo onde agir, pode-se apontar algumas soluções, como cursos para atualização para os magistrados, distribuição da convenção nos tribunais de modo que também seja disponível a população.

Assim, sabendo a imagem que os tribunais repassam a sociedade temos de reverter esse quadro, afim de um acesso digno e justo a justiça pelas pessoas com deficiência.

REFERÊNCIAS

CATÃO, Adualdo de Lima. Considerações sobre aproximação entre pragmatismo e positivismo jurídico. In: CATÃO; Adualdo de Lima; NETTO, Antonio Alves Pereira; MONTEIRO, Vítor de Andrade. **Filosofia do direito na contemporaneidade**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 15-28.

CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA – ONEDEF. **Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência comentada**. Brasília: ONEDEF, 2011.

LOPES, Laís de Figueirêdo. Nova concepção sobre pessoas com deficiência com base nos direitos humanos. . In: MENDONÇA, Rita; LIMA, Francisco J. **A efetividade da Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência**. Recife: Universitária UFPE, 2013, p. 27-56.

MORANGE, Jean. **Direitos humanos e liberdades públicas**. Barueri: Manole, 2004.

PEREIRA NETTO, Antônio Alves. Estudo sobre ato judicial e discricionariedade: uma análise às possíveis influências do pragmatismo jurídico. In: CATÃO, Adualdo de Lima; PEREIRA NETTO, Antonio Alves; MONTEIRO, Vítor de Andrade. **Filosofia do direito na contemporaneidade**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 29-56.

RAMALHO, Ivo Cleiton de Oliveira. O Primeiro tratado de Direitos Humanos do Século XXI e o aperfeiçoamento jurídico pátrio em prol da não-discriminação, da acessibilidade e da

inclusão social das pessoas com deficiência. **Revista Científica Virtual da Escola Superior de Advocacia da OAB-São Paulo**, n. 20, p 24-31, 2015.

SECRETARIA NACIONAL DE PROMOÇÃO DOS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. **Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência**. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos, Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, 2011.

REZENDE, Flávio da Cunha. **Por que falham as reformas administrativas?** Rio de Janeiro: FGV, 2004.³⁶

O livro sob o título **Por que falham as reformas administrativas?**, de Flávio da Cunha Rezende, examina a “falha sequencial” das políticas de reformas administrativas, uma vez que raramente elas conseguem alcançar o resultado de elevar a performance da burocracia Estatal. Apresenta como estudo de caso as reformas dos anos 1990, em especial a falha da reforma administrativa brasileira de 1995 implementada pelo Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado – MARE.

O principal objetivo do livro é demonstrar as forças e os mecanismos de resistência às reformas por parte das agências administrativas, visando compreender o problema da falha sequencial. Para tanto, foi dividido em 6 capítulos, sendo que o capítulo 1 trata da natureza e da lógica das políticas de reforma administrativa nos anos 1990. Já o capítulo 2, explica a falha sequencial das reformas administrativas em geral, e o capítulo 3, aprofunda este tema na realidade brasileira. Os capítulos 4, 5 e 6, tratam, respectivamente, das razões da reação organizada dos atores envolvidos, da cooperação com o ajuste fiscal e da não cooperação com a mudança institucional.

A presente resenha foi estruturada de acordo com os capítulos do livro, apresentando algumas considerações críticas no corpo do texto. Os três últimos capítulos foram aglutinados por se tratarem sobre o mesmo assunto. Ao final, traremos algumas considerações conclusivas sobre a obra resenhada.

- **A natureza e a lógica das políticas de reforma administrativa nos anos 1990**

O autor começa a obra tratando sobre as razões das reformas administrativas implementadas nos mais diversos países em meados dos anos 1980, sendo que a principal delas é o declínio generalizado da performance. Ademais, a insatisfação dos resultados do modelo keynesiano de desenvolvimento, o surgimento das ideologias pró-mercados, crise do padrão do *welfare State*, do modelo burocrático da gestão administrativa e, por fim, a crise fiscal do Estado são outras razões importantes. (p. 21-22).

O livro é de 2004, mas tais questões continuam na ordem do dia, principalmente em função dos ataques recentes ao modelo de Estado brasileiro que a cada dia diminui mais, no que destacamos o Programa de Parceria de Investimentos – PPI (Lei nº 13.334/2016) do

³⁶Autor da Resenha: Daniel Allan Miranda Borba, Procurador do Município de Maceió, Professor de Direito Administrativo, graduado em Direito e Especializado em Direito Público pelo Centro Universitário – CESMAC, mestrando em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas – UFAL.

presidente Temer, denominado “Crescer”, que visa um extenso programa de privatização, e a Proposta de emenda à Constituição nº 241/2016, que tem por fim implantar o rigoroso “Novo Regime Fiscal” para a redução e controle de despesas públicas.

As reformas da década de 1980 tinham como objetivo superar os problemas de performance em função do modelo burocrático de intervenção estatal, caracterizado pela centralização, excessiva regulação, propensão dos governos de se expandir e aumentar seus gastos, o que gerou inflação, crise fiscal e incapacidade de lidar com novas demandas sociais e econômicas. Para Rezende, o Estado cresceu, tornou-se um problema e foi necessário um novo padrão. Razão pela qual foi lançada uma nova agenda de reformas para o setor público, que visava a alteração do papel do Estado a partir da substituição do modelo burocrático por um modelo orientado pela performance, para que, de acordo com a máxima de Kettl, o governo funcionasse melhor e custasse menos (*cost less and work better*). (p. 22-24).

Rezende afirma que os dois principais objetivos das mudanças eram o ajuste fiscal e a mudança institucional. Para que conseguisse o ajuste fiscal era necessário reduzir os custos, equilibrar o orçamento e controlar os gastos através de programas de desregulamentação, privatização de funções públicas e mecanismos de mercado (*marketization*). Já com relação a mudança institucional, deveria modificar o modo de operação e a organização da burocracia orientada pelas regras para adotar padrões gerenciais voltados para performance e resultado em questões de *accountability* e criar instituições orientadas pela performance (*performance based organizations* – PBOs). Descentralização, flexibilidade e autonomia são as palavras chaves do paradigma pós-burocrático. (p. 23-24).

O autor apresenta o caso inglês *Next Steps* como paradigma destas reformas de performance nos serviços públicos. Em seguida trata do *National Performance Review*, modelo norte-americano que seguiu os mesmos moldes. Acompanhando estas linhas, o governo brasileiro formulou uma reforma administrativa no Executivo federal em 1995, criando o MARE para conduzir a reforma gerencial que substituisse o modelo de gestão burocrática pela gestão orientada pela performance. Tinha como objetivo lidar com a crise fiscal do Estado, rever o papel do Estado e mecanismos de controle dos gastos públicos, implementar políticas de privatização e *downsizing*. (p. 24-30).

A mudança deveria ser realizada através das PBOs, que se materializaram pelas organizações sociais e agências executivas, ademais, deveria promover mudanças constitucionais quanto à organização e funcionamento da Administração Pública e transformar a cultura burocrática administrativa em uma visão gerencial. Necessário ainda transferir uma maior autonomia e *accountability* para os responsáveis pelas políticas. Para

atingir tais objetivos, o plano diretor definiu quatro setores distintos de intervenção: núcleo estratégico, agências responsáveis pela formulação de políticas públicas que não seriam atingidas pelas mudanças; funções exclusivas do Estado, aquelas em que é necessário o poder de polícia, foi proposto um modelo organizado por agências executivas que atuariam com mais liberdade sobre orçamento, pessoal, compras e licitações; atividades não-exclusivas do Estado mas de alta relevância, que seriam criadas organizações sociais; e produção de bens e serviços para o mercado que seriam privatizados. (p. 30-31).

- **Explicando a falha sequencial em reformas administrativas**

Neste capítulo o autor apresenta de forma resumida uma revisão da literatura sobre o problema da falha nas reformas administrativas e traz como principal constatação que estas falham de um modo sequencial, pois novas reformas são criadas para tratar problemas antigos, frequentemente são abandonadas por ser difícil de manter no tempo e comumente produzem baixa performance. (p. 33-34).

É verdade que há uma variedade na burocracia moderna e as reformas geralmente são criadas sob o tipo *one size fits all* (um modelo para todos os tamanhos), ademais, as reformas buscam ambiciosas mudanças de comportamento e ação institucionalizadas em governos democráticos de curta duração. Sem contar o confronto de interesses entre aqueles que pretendem elevar a performance e aqueles que se beneficiam da baixa performance. (p. 35-36).

Dentre os motivos apresentados, destacamos os efeitos não-intencionais das reformas, uma vez que é comum filosofias contraditórias entre as velhas e as novas reformas. Além disto, tais políticas públicas são marcadas por ambiguidades. Neste contexto, problemas com descentralização e coordenação são corriqueiros, pois os governos descentralizam os processos decisórios e os mecanismos de controle visando uma melhora na performance. De outro lado, há forças que defendem o fortalecimento da capacidade da coordenação central na formulação das políticas públicas. Outra explicação gira em torno dos conflitos de poderes entre os sujeitos envolvidos, sobre quem controla quem. (p. 37-40).

Aprofundando estas questões, o autor informa que a reforma com base na performance possui dois objetivos contraditórios, a mudança institucional, que requer menos controle a partir da descentralização, e o ajuste fiscal, que exige um maior controle da burocracia. O problema se amplia quando há uma predominância de um objetivo sobre outro e quando o aparato burocrático possui baixa performance. (p. 44-45).

Faltou ao autor explorar melhor sobre as questões culturais do aparato burocrático, uma vez que as mudanças ao serem criadas e implementadas não levam em consideração os recursos humanos e a manutenção de certas normas jurídicas, o que faz com que convivam valores patrimonialistas ao lado dos modelos burocráticos e gerenciais.

- **As reformas administrativas no Brasil e o problema da falha sequencial**

O autor inicia este capítulo tratando sobre a reforma burocrática da Era Vargas, importante, pois, até os anos 1930 a Administração Pública brasileira não era profissionalizada, adotava práticas clientelistas e patrimonialistas. Com o objetivo de promover o desenvolvimento nacional, a primeira grande tentativa de reforma se deu com o Estado Novo em 1937, implantou práticas gerenciais e de coordenação para trazer racionalidade a organização e a gestão do orçamento e dos recursos humanos com base na burocracia profissional weberiano. Para levar a cabo as mudanças, foi criado o Departamento Administrativo do Serviço Público – DASP que bateu de frente com a cultura política e administrativa, sendo alvo de fortes ataques. Com a saída de Vargas em 1945, o DASP teve suas funções e poderes reduzidos e a lógica clientelista voltou a reinar. (p. 48-50).

Juscelino Kubitschek (1956-61), com seu Plano de Metas visando o desenvolvimento nacional, aprofundou o modelo industrializante pela substituição de importações. Apesar dos esforços para desenvolver reformas, o aumento do Estado não foi acompanhado da revisão da burocracia e do controle, ocorrendo uma profunda descentralização e impactos negativos na performance. Para tentar remediar, o governo criou um sistema dual (Administração Pública “paralela”), criando “ilhas de excelência” para promover as principais políticas públicas que eram controladas pelo governo federal com base na meritocracia, os demais setores burocráticos foram abertos às práticas políticas e clientelistas. (p. 51-54).

Rezende prossegue informando que uma nova reforma foi instaurada com o governo militar de 1964, dando continuidade ao modelo de desenvolvimento a partir do processo de substituição de importações, onde o Estado deveria ampliar sua intervenção em funções econômicas e sociais. Modelado pela Constituição de 1967, a especificidade dessa reforma era possibilitar a produção pública de bens e serviços como no setor privado, para tanto, o Decreto-lei nº 200/1967 dividiu a Administração pública em administração direta, autarquias e fundações, empresas públicas e sociedade de economia mista. (p. 51-54).

Em virtude disto, a Administração e os gastos públicos aumentaram de forma exponencial e esta descentralização não foi acompanhada de um sistema de controle que permitisse performance e *accountability*, nem de um sistema de mérito na burocracia, o que

trouxe problemas para o funcionamento do setor público e a crise fiscal do Estado nos anos 1980 em função do seu endividamento (p. 56).

Mais uma vez, se tornou necessário rever o papel do Estado inflacionado. Em 1985, o governo criou a Comissão Geral da Reforma Administrativa, preocupado em uma “nova estratégia modernizante”, objetivando desburocratizar a máquina visando eficiência e provisão de serviços públicos. Foram extintas diversas empresas públicas, realizaram um cadastro dos servidores e introduziram um sistema mais efetivo de controle. (p. 62-63).

Atacando o velho papel do Estado em 1990, Collor criou o Plano de Reconstrução Nacional, visando a desregulamentação dos mercados, a privatização das empresas públicas e a abertura do mercado internacional, demitiu funcionários públicos e criou mudanças na estabilidade. (p. 63-64).

Não obstante as diversas reformas implementadas ao longo de um século no Brasil, os problemas de performance continuam, verificamos uma falha sequencial em especial associada a questão do controle, que foi até possível no contexto autoritário, mas o modelo de expansão do Estado brasileiro exigiu uma descentralização e uma excessiva autonomia. Os mesmos problemas que o DASP tinha, como racionalidade administrativa, eficiência, mérito e controle, continuam na atualidade. (p. 64-66).

- **As razões da reação organizada: a cooperação com o ajuste fiscal e não cooperação com a mudança institucional**

Conforme dito acima, optamos por aglutinar os três últimos capítulos, uma vez que tratam sobre a reação dos atores envolvidos com a reforma administrativa de 1995, que, em geral, cooperaram com o ajuste fiscal, mas opuseram resistência à mudança institucional, tendo como consequência a falha sequencial.

Segundo Rezende, foi previsto a criação da Câmara da Reforma do Estado, uma instituição coletiva que teria como papel a redução dos conflitos em torno da reforma, com representantes da Presidência, do Congresso Nacional e dos Ministérios. Estes atores não propuseram nenhuma resposta cooperativa e o MARE passou a depender do apoio individual do ministérios para criar as PBOs. (p. 68-70).

Quanto ao ajuste fiscal, houve forte cooperação das agências controladoras e de outros atores envolvidos com o MARE na redução dos custos. As despesas com o governo e o déficit público aumentaram muito nas últimas décadas e a crise fiscal se tornou a questão central no governo Cardoso, até mesmo para a sustentabilidade do Plano Real, evitando a inflação e o crescimento da dívida pública. O que trouxe vários aliados no plano doméstico, como as

agências controladoras e a Casa Civil, e no plano internacional, como o Fundo Monetário Internacional e o Banco Mundial. As reduções de custo com a burocracia foram implementada rapidamente. Rezende destacou o Programa Nacional de Desestatização do BNDES, reduzindo a intervenção do Estado na economia e sociedade, redução de pessoal, maior controle dos custos, aperfeiçoamentos dos mecanismos de controle e *accountability*. (p. 70-72).

Enquanto que boa parte era contrária a descentralização dada as experiências passadas, houve uma “reação organizada” das agências administrativas nas propostas à mudança institucional para ampliar os poderes e responsabilidades das agências administrativas a partir de mecanismos de controle por performance. A cooperação ficava de acordo com os custos e benefícios gerados em torno do ajuste fiscal, uma vez que as funções exclusivas do Estado seriam beneficiadas e as outras organizações sofreriam altos custos individuais. (p. 74-76).

Para Rezende, um modelo em torno da performance traria um maior grau de liberdade sobre a gestão dos recursos humanos e orçamentários, o que colocaria “em xeque as relações de poder” entre formulação e implementação de políticas públicas. A reforma administrativa se baseava no discurso neoliberal de Estado mínimo, o que gerou a não cooperação em função da possibilidade de privatização a partir da transformação em organização social ou agência executiva e setores “consolidados como ganhos sociais” seriam retirados, além da possibilidade de redução anual dos orçamentos dos ministérios. (p. 74-76).

Neste ponto, percebemos que a não cooperação com a mudança institucional veio carregada de um discurso ideológico na medida em que o desmonte que estava sendo realizado do Estado brasileiro iria comprometer a realização dos direitos fundamentais do cidadão, em especial os direitos sociais.

O principal problema da reação organizada à proposta de reforma foi o medo dos atores envolvidos de perder o controle em virtude da descentralização, chegando a afirmar que a reforma gerencial poderia levar ao caos e à corrupção, uma vez que a reforma iria mudar a forma de quem controla quem, dada a associação negativa do crescimento do Estado brasileiro com a performance. O MARE não foi dotado de poderes e autoridade formal sobre o governo, dependeu da cooperação dos demais ministérios. (p. 78-79).

De acordo com Rezende, a cooperação com o ajuste fiscal trouxe bons frutos, uma vez que reduziu o gasto com despesa de pessoal e o número de funcionários públicos. Ademais, houve um conjunto de medidas que envolviam reformas da Previdência Social, Lei Geral da Previdência Pública, tributárias e trabalhistas e implementação da Lei de Responsabilidade

Fiscal. Ampliou também os sistemas internos de controle das despesas e a política de privatização e extinção dos órgãos públicos. (p. 82-83).

Discordamos em parte, uma vez que a redução de servidores públicos nem sempre pode ser considerada como um avanço quando estamos tratando de performance do serviço público, uma vez que se deve ter um número de servidores compatíveis com a necessidade da prestação eficiente destes serviços. As reformas legais foram realizadas às custas de muitos direitos sociais, sem contar os resultados negativos das privatizações e extinção dos órgãos públicos, o que trouxe um recuo em termos de eficiência administrativa.

Na visão de Rezende, o ajuste fiscal é apenas parte do problema, era necessário a criação de um novo padrão de articulação de formulação e implementação das políticas públicas, não bastava reduzir os gastos com servidores, mas sim buscar uma melhor alocação dos seus trabalhos para imprimir uma maior eficiência no serviço público. (p. 93-94).

Na mudança institucional, as agências administrativas seriam os principais alvos, em função da retirada do Estado de algumas funções sociais transferindo para as organizações sociais e agências executivas, o que implicaria em perda de proteção e de status, além da possibilidade de perda de orçamento. (p. 97-99).

As agências fora das funções exclusivas do Estado seriam controladas a partir de um contrato de gestão por resultados, o que implicaria em perda de prestígio, poder e recursos. Havia grande tensão na hora selecionar uma entidade para se converter em organização social ou agência executiva. Além da incerteza em virtude da possibilidade de, diante de autonomia decisória, se desvirtuar os seus serviços para outros atores sociais. (p. 99).

Para o MARE, a inadequada estrutura de controle e delegação da reforma de 1967 exigia a presença de novas instituições dentro de um novo modelo descentralizado, com a criação de novos mecanismos de *accountability*, reordenação dos papéis e responsabilidades, autonomia de decisão e orientação por resultados. (p. 100-101).

O autor não deixa claras as propostas do MARE para a mudança institucional e como seria implementado um controle efetivo a partir da descentralização, tampouco aborda o desvirtuamento das inúmeras organizações sociais criadas.

Tanto que esta nova distribuição de poder foi recebida pelos resistentes como um incentivo às práticas clientelistas, indisciplina fiscal, problemas de cooperação, corrupção e outras disfunções típicas da Administração Pública brasileira, o que implicaria em redução de performance ameaçando a ordem burocrática. No final, nenhuma agência de grande porte do executivo foi convertida em PBO. (p. 102-103).

A cultura do controle, das regras, é tida como um resultado concreto, ao tempo em que trazer mecanismos reguladores pela performance é temerário. O dilema do controle produziu a extinção do MARE em 1999, uma vez que se levou a conclusão que era uma instituição dual, que perseguia objetivos diferentes, maior controle para o ajuste fiscal, menos controle para a mudança institucional. Era dividido em duas organizações com visões diferentes, uma burocrática do DASP e a outra gerencial. Em seguida, as reformas passaram a ser conduzidas pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, uma agência tipicamente controladora, e muitos dos problemas de performance ainda continuam no Estado brasileiro. (p. 105-109).

Entendemos que o modelo patrimonialista está inserido de forma cultural e constitucional no Brasil, uma vez que não só agentes públicos continuam com práticas clientelistas, individualistas, populistas, imediatistas, entre outras, como o próprio sistema constitucional e legal permite que tais práticas sejam realizadas, sendo outro grande motivo da não cooperação com a mudança institucional.

- **Considerações críticas**

O livro de forma concisa, porém exaustiva, analisou o fenômeno da falha sequencial das reformas administrativas, em especial, os principais problemas para a descontinuidade do MARE nas reformas brasileiras da década de 1990, apontando o dilema do controle como o problema central da reforma proposta.

De forma clara e coesa, Rezende analisou a proposta paradoxal de controle proposto pelo MARE, uma vez que, para elevar a performance, era necessário o ajuste fiscal, o que implicaria em um maior aumento do controle. De outro lado, a mudança institucional tinha como principal elemento a descentralização a partir de uma flexibilização dos instrumentos de controle com as PBOs, operando uma forte resistência dos agentes envolvidos para implementar as reformas.

O autor foi exaustivo ao esmiuçar quais seriam as políticas empregadas para o alcance do ajuste fiscal, no entanto, não trouxe uma visão mais específica do que seria reforma pela performance e o elemento mudança institucional precisa de maiores explicações.

Ademais, não levou em consideração as questões culturais e legais na falha sequencial, uma vez que a reforma do MARE foi uma proposta ambiciosa, sem trazer a necessária transformação na cultura clientelista e patrimonialista que permeia a máquina burocrática brasileira.

Neste sentido, Pino (1998, p. 77) questiona se é possível conviver o gerencialismo com o patrimonialismo, e apesar de não trazer uma resposta conclusiva, entende que a

“implantação do gerencialismo estaria concorrendo para o desaparecimento, ou progressivo enfraquecimento, do patrimonialismo, e, assim, então, seria positivo, mesmo convivendo com o patrimonialismo.”

O autor destaca que, nas reformas de 1995, houve uma forte cooperação com o ajuste fiscal, o que parece estar se repetindo agora com um novo ataque ao modelo de Estado brasileiro, com os já destacados Programa de Parceria de Investimentos – PPI (Lei nº 13.334/2016) do presidente Temer, denominado “Crescer”, que visa um extenso programa de privatização, e a Proposta de emenda à Constituição nº 241/2016, que tem por fim implantar o rigoroso “Novo Regime Fiscal” para a redução e controle de despesas públicas.

Ao seguir uma visão neoliberal, o autor defende uma visão de um estado mínimo como forma de resolver os problemas enfrentados pelos Estados nos mundo pós-moderno, ocorre que nem todos estão caminhando neste sentido.

Mazzucato (2014, p. 263), por exemplo, sustenta uma visão de um Estado empreendedor, critica a forma de visão de um Estado baseado em cortes de orçamento e no medo, vê os diversos mitos ao seu respeito e reconhece o seu poder de resolver problemas complexos, como o de colocar o homem na Lua e de cuidar da mudança do clima. Para tanto, são necessários instrumentos políticos específicos e coragem para garantir o crescimento através de investimentos “inteligente” e “inclusivo”.

No entanto, percebemos no livro que o Estado brasileiro iniciou uma fase de crescimento profundo na década de 1930 até o seu desmonte na década de 1990, que continuou nos governos subsequentes com as reformas tendo, basicamente, como principal objetivo o ajuste fiscal, que inclusive, está se repetindo atualmente.

A visão da falha sequencial é uma excelente forma de enxergar as falhas do passado para projetar uma reforma mais efetiva no futuro. Ocorre que apesar de ter apontado os problemas, Rezende abordou de forma incipiente as soluções, no que destacamos a necessidade de levar em consideração a diversidade das agências e de seus problemas, as políticas de reformas devem prever incentivos para a mudança institucional, se desvinculando ao máximo das questões fiscais, ao demonstrar que é apenas parte do problema.

Neste ponto Rezende foi certo ao apontar que apenas o ajuste fiscal não irá solucionar os problemas da Administração Pública brasileira, mudanças institucionais devem ser implementadas em função do alto grau de dependência da sociedade ao Estado brasileiro, em especial, deve-se iniciar um longo e progressivo processo de alteração da cultura patrimonialista de modo a expurgar este mal de forma definitiva.

Até porque o desenvolvimento é tido como um direito fundamental que deve ser perseguido pelo Estado brasileiro, no sentido que deve buscar a promoção do desenvolvimento dos indivíduos e da sociedade a partir de uma visão de um Estado garantista e não apenas regulador a favor das forças de mercado. (OLIVEIRA, 2009).

Entendemos que, além da transformação cultural, necessário também um rompimento constitucional expressivo, com a exclusão imediata das prerrogativas, imunidades, vantagens e demais regras imperiais que contribuem para a manutenção do poder, do patrimonialismo, com consequentes práticas de corrupção que assola a Administração Pública brasileira.

O patrimonialismo não pode sequer ser considerado uma forma de organização da máquina estatal, uma vez que não se coaduna com os valores democráticos impostos na nossa Constituição Federal. Seja com a burocracia weberiana, seja com o Estado gerencial, o certo é que enquanto convivemos com elementos patrimonialistas, a Administração Pública brasileira jamais atingirá a performance necessária para a devida implementação dos direitos fundamentais.

BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTAR

MAZZUCATO, Mariana. **O Estado empreendedor**: desmascarando o mito setor público vs. setor privado. Tradução de Elvira Serapicos. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2014.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Direito ao desenvolvimento na Constituição Brasileira de 1988. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**. Salvador, 2009.

PINHO, José Antonio Gomes de. **Reforma do aparelho do Estado**: limites do gerencialismo frente ao patrimonialismo. O&S. v.5, n. 12, Maio/Agosto de 1998.

