

Arnaldo Bastos Santos Neto
Geraldo Henrique Costa Barbosa de Almeida
(organizadores)

NORMA, *Linguagem* E TEORIA DO DIREITO

REFLEXÕES PARA A
COMPREENSÃO DO DIREITO
DO SÉCULO XXI

Prefácio: Claudia Roesler





Prof. Me. Gil Barreto Ribeiro (PUC Goiás)

Diretor Editorial

Presidente do Conselho Editorial

Dr. Cristiano S. Araujo

Assessor

Larissa Rodrigues Ribeiro Pereira

Diretora Administrativa

Presidente da Editora

CONSELHO EDITORIAL

Profa. Dra. Solange Martins Oliveira Magalhães (UFG)

Profa. Dra. Rosane Castilho (UEG)

Profa. Dra. Helenides Mendonça (PUC Goiás)

Prof. Dr. Henryk Siewierski (UnB)

Prof. Dr. João Batista Cardoso (UFG Catalão)

Prof. Dr. Luiz Carlos Santana (UNESP)

Profa. Me. Margareth Leber Macedo (UFT)

Profa. Dra. Marilza Vanessa Rosa Suanno (UFG)

Prof. Dr. Nivaldo dos Santos (PUC Goiás)

Profa. Dra. Leila Bijos (UnB)

Prof. Dr. Ricardo Antunes de Sá (UFPR)

Profa. Dra. Telma do Nascimento Durães (UFG)

Profa. Dra. Terezinha Camargo Magalhães (UNEB)

Profa. Dra. Christiane de Holanda Camilo (UNITINS/UFG)

Profa. Dra. Elisângela Aparecida Pereira de Melo (UFT)

Prof. Ms. Euvaldo de Sousa Costa Junior (UFPI)

Arnaldo Bastos Santos Neto
Geraldo Henrique Costa Barbosa de Almeida
Organizadores

NORMA, LINGUAGEM E TEORIA DO DIREITO: reflexões para a compreensão do Direito do século XXI

1ª edição

Goiânia - Goiás
Editora Espaço Acadêmico
- 2020 -

Copyright © 2020 by Arnaldo Bastos Santos Neto e
Geraldo Henrique Costa Barbosa de Almeida

Editora Espaço Acadêmico

Endereço: Rua do Saveiro, Quadra 15, Lote 22, Casa 2
Jardim Atlântico - CEP: 74.343-510 - Goiânia/Goiás
CNPJ: 24.730.953/0001-73
Site: <http://editoraespaocoacademico.com.br/>

Contatos:

Prof. Gil Barreto - (62) 98345-2156 / (62) 3946-1080
Larissa Pereira - (62) 98230-1212

Editoração: Franco Jr.
Direito de imagem: unsplash/charles-deluvio

CIP - Brasil - Catalogação na Fonte

N842 Norma, linguagem e teoria do direito : reflexões para a compreensão do direito do século XXI [livro eletrônico] / Organizadores Arnaldo Bastos Santos Neto e Geraldo Henrique Costa Barbosa de Almeida. – 1. ed. – Goiânia : Editora Espaço Acadêmico, 2020. 228 p. ; E-book.

Inclui referências bibliográficas
ISBN: 978-65-00-05456-9

1. Direito. 2. Direito – século XXI. I. Santos Neto, Arnaldo Bastos (org.). II. Almeida, Geraldo Henrique Costa Barbosa de (org.).

CDU 34

O conteúdo da obra e sua revisão são de total responsabilidade do(s) autor(es).

DIREITOS RESERVADOS

É proibida a reprodução total ou parcial da obra, de qualquer forma ou por qualquer meio, sem a autorização prévia e por escrito dos autores. A violação dos Direitos Autorais (Lei nº 9.610/98) é crime estabelecido pelo artigo 184 do Código Penal.

Impresso no Brasil | *Printed in Brazil*
2020

Sumário

PREFÁCIO.....8

Claudia Roesler

APRESENTAÇÃO 12

Capítulo I

DIREITO ECONÔMICO E VAGUEZA: O USO DE CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS 17

Arnaldo Bastos Santos Neto

Felipe Magalhães Bambirra

Capítulo II

A PRIVACIDADE NA ERA DOS ALGORITMOS SOB A ÓTICA DOS DIREITOS HUMANOS..... 36

Aline Albuquerque

Capítulo III

SEGURANÇA JURÍDICA SUBSTANCIAL EXPLICITADA PELA FENOMENOLOGIA HERMENÊUTICA E PELA LÓGICA: COMO UMA DECISÃO JUDICIAL PODE VIOLAR O PRINCÍPIO SOB AS DUAS PERSPECTIVAS 58

Pablo Malheiros da Cunha Frota

André Luiz Arnt Ramos

Capítulo IV

**OS SILOGISMOS AXIOMÁTICOS E A RACIONALIDADE
DO DISCURSO JURÍDICO 91**

Geraldo Henrique Costa Barbosa de Almeida

Capítulo V

**GUIDELINES FOR REGULATION OF ARTIFICIAL
INTELLIGENCE: RESHAPING LIABILITY IN THE
ALGORITHM ERA..... 103**

Carolina Stange Azevedo Moulin

Capítulo VI

A LIBERDADE NO *PLAYGROUND*: O BEM COMUM E A PESSOA..... 119

Liliana Bittencourt

Capítulo VII

**DIREITO E PSICANÁLISE: UMA DISCUSSÃO SOBRE A LEI,
AS LEIS E O DESEJO 132**

Marina Junqueira Cançado

Capítulo VIII

**O GIRO HERMENÊUTICO-LINGUÍSTICO DO DIREITO
E O ENSINO JURÍDICO EM GOIÁS: UMA ANÁLISE DO
(DES)ENCONTRO DA ABORDAGEM DIDÁTICA COM A
LITERATURA JURÍDICA DE VANGUARDA NOS CURSOS
DE DIREITO..... 144**

*Saulo de Oliveira Pinto Coelho
Nathália Teles Lima de Moraes*

Capítulo IX

**A CORRUPÇÃO POLÍTICA-ADMINISTRATIVA NO BRASIL:
ENTRAVE AO DESENVOLVIMENTO SOCIOECONÔMICO E
INSTRUMENTOS LEGAIS PUNITIVOS 170**

*Germano Campos Silva
Gabriela Yumi Gervásio Tano*

Capítulo X

**CRIMMIGRATION: O PROCESSO DE NATURALIZAÇÃO
EXTRAORDINÁRIA E A CONDENAÇÃO PENAL 194**

*Franciele Silva Cardoso
Geraldo Henrique Costa Barbosa de Almeida*

Capítulo XI

**A “MORTIFICAÇÃO DO EU” NOS MANICÔMIOS JUDICIÁRIOS:
OS IMPACTOS DAS ALTERAÇÕES NOS LIMITES TEMPORAIS
DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE NA APLICAÇÃO DAS
MEDIDAS DE SEGURANÇA 206**

Beatriz Borges e Silva

ORGANIZADORES 223

PREFACIANTE..... 224

AUTORES E AUTORAS..... 225



Prefácio

Foi com grande satisfação que recebi o convite para prefaciar o livro *Norma, Linguagem e Teoria do Direito: reflexões para a compreensão do Direito do século XXI*, de Arnaldo Bastos Santos Neto e Geraldo Henrique Costa Barbosa de Almeida. A obra coletiva reúne um conjunto interessante e variado de contribuições à análise do fenômeno jurídico naquilo que, como bem caracterizado no título acima mencionado, pode ser considerado característico da Teoria do Direito contemporânea: a centralidade nela atribuída à relação entre a norma e a linguagem.

Esse elemento é, pois, o eixo transversal que une temas tão diversos como a aplicação de medidas de segurança, o direito econômico, os problemas atuais ocasionados pela inteligência artificial em mais de uma faceta, a segurança jurídica e a sua vinculação com o controle público da linguagem, as complexas relações da liberdade com o desejo e com o bem-comum, a corrupção na administração pública e os danos por ela causados, a naturalização extraordinária e, por fim mas não por último em importância, o interessante levantamento empírico sobre as disciplinas jurídicas no estado de Goiás e a inexistência de uma abordagem adequada à virada linguística ocorrida na teoria jurídica no século XX.

Como terá intuído o leitor, para abordar esse múltiplo conjunto de temas os autores reunidos na coletânea partem de perspectivas multidisciplinares e combinam formações e trajetórias profissionais diversas. Além do olhar transversal da teoria do direito que brevemente mencionamos, somam-se os olhares da bioética, de específicos ramos do direito, dos direitos humanos, da criminologia e da psicanálise. Um delicado mosaico de problemas surge, pois, diante de nossos olhos quando percorremos os onze capítulos da obra.

Nesse sentido, um interessante modo de ler a coletânea que ora prefaciamos pode ser a partir da consideração de que cada um de seus capítulos é construído em torno daquilo que Theodor Viehweg – o jurista alemão responsável pela retomada dos estudos sobre a tópica e a linguagem a partir de 1954 – chama de problema. Diferentemente do sentido coloquial do termo, no léxico do autor um problema é toda questão que interpela quem sobre ela se debruça e que admite (ou pode admitir) mais de uma resposta. Trata-se, portanto, de uma noção mais ampla do que a de caso concreto, pois não requer que estejamos diante de sujeitos determinados ou de uma descrição específica de um acontecimento, mas de todas as formas de questionamento – legislativo, judiciário em sentido estrito, teórico-abstrato – que o fenômeno do direito pode abarcar. Para tornar mais clara a ideia: quem se pergunta sobre como regular algo e propõe uma medida legislativa, quem questiona e discute conceitos teóricos, bem como quem procura uma resposta específica para um caso concreto, trata de um problema.

Cada um dos autores da coletânea, movendo-se a partir de sua trajetória profissional e de sua formação acadêmica, coloca a sua pergunta de pesquisa e constrói a resposta com base em um substrato teórico que podemos chamar – também aproveitando a reflexão de Viehweg – de uma teoria zetética, ou seja, de um conjunto mais ou menos explícito de pressupostos, conceitos e reflexões – diretamente da teoria do direito ou de outras áreas, como já mencionamos – e com isso consegue iluminar e nos ajudar a ver contornos e possibilidades que, de outro modo, permaneceriam sem discussão e, de acordo com a metáfora que escolhemos, despercebidos.

A necessária previsibilidade da ação humana e, nela, da operatividade do direito e do sistema de justiça, com seus ritos, prazos, mecanismos e procedimentos traz consigo inúmeras vantagens sociais. Como bem aponta um dos capítulos, discutir segurança jurídica não é um anseio superado. A ênfase, no entanto, na repetibilidade e na previsibilidade pode gerar – e certamente podemos imaginar muitos exemplos – um enrijecimento no pensamento jurídico e uma consequente inadaptação de seus contornos aos fenômenos sociais.

Se quisermos usar mais uma vez a terminologia de Viehweg, podemos dizer que em contrapartida a um pensamento zetético, questionador e investigativo, o pensamento dos juristas também é composto por uma dimensão dogmática, necessária em alguns momentos para que decisões sejam tomadas. O termo, entendido à maneira do autor alemão e não em seu sentido coloquial, significa uma preocupação com respostas para a ação humana e uma ênfase no oferecimento de soluções, ainda que não perfeitas, definitivas e nem isentas de críticas, para os problemas sociais.

A diferença entre um pensamento enrijecido e repetitivo e uma perspectiva dogmática é, pois, fundamental para esclarecermos como os atores jurídicos – dentre eles os professores universitários das disciplinas que a pesquisa empírica analisou – podem incorporar e realizar questionamentos válidos, importantes e relevantes, sem deixar de incorporar no espaço de ensino-aprendizagem dos cursos de Direito as dimensões normativas advindas das fontes reconhecidas do Direito. Auxiliar os estudantes a pensar criticamente sobre os textos linguísticos a partir dos quais se constrói a norma a ser aplicada em casos concretos, é um modo seguro e adequado ao século XXI de lhes dar uma formação atualizada à teoria do direito. Repetir velhas fórmulas e insistir em lhes ensinar um conjunto de palavras como se fossem dotadas de significado único, certamente não o é. Enfrentar o problema da plurivocidade linguística e levar à sério o controle público da linguagem é, nesse sentido, muito mais atual, ainda que nem sempre seja fácil de executar.

Para além dessa observação, é relevante salientarmos qual é, em nossa perspectiva, o ponto a partir do qual se pode ler os textos aqui reunidos. Os autores dos capítulos dessa obra coletiva, com muita sensibilidade, navegam entre os desafios postos pelos problemas escolhidos, situando-se em diversas interrogações zetéticas, como se espera de uma obra acadêmica. O lugar social do qual falam é, portanto, o de nos mostrar, nos fazer ver, aspectos, perspectivas, nuances e questões que não estávamos preparados para ver de outros lugares ou eventualmente sem o seu auxílio. São preciosos momentos de reflexão que, mais uma vez resgatando a metáfora que nos acompanha desde o início do texto, nos fazem “ver” o que o cotidiano normaliza e apaga.

Esperamos que o leitor tenha uma excelente experiência de leitura e de reflexão!

Brasília, junho de 2020.

CLAUDIA ROESLER

Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília - FD/UnB
Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq
Coordenadora do Grupo de Pesquisa Retórica, Argumentação e Juridicidades - GPRAJ

Apresentação

É com satisfação que apresentamos à comunidade acadêmica o livro *Norma, Linguagem e Teoria do Direito: reflexões para compreensão do Direito do século XXI*. Trata-se de uma obra contendo coletânea de artigos científicos cuja temática norteadora são os novos paradigmas com os quais a ciência jurídica se deparou nas duas primeiras décadas do século XXI. A organização do livro aceitou trabalhos de perspectivas metodológicas e disciplinas plurais, mantendo como marco de unidade sua adequação à linha editorial, qual seja, a relação do direito com a linguagem e as novas tecnologias jurisdicionais. Foram os seguintes eixos temáticos escolhidos para a presente obra:

1. Fundamentos filosóficos, históricos e sociológicos do Direito e do Estado.
2. Direito, Retórica e Comunicação.
3. Linguagem e Hermenêutica – As pré-compreensões do ser e do tempo.
4. As relações humanas e o constitucionalismo: direitos humanos, cidadania, dignidade da pessoa humana, justiça social e desenvolvimento econômico.
5. A ordem econômica e federalismo cooperativo.
6. Análise econômica do direito.
7. Legislações e Políticas Públicas: Os limites da interpretação e o ativismo judicial.

Inicialmente, o Prof. Dr. Arnaldo Bastos e o Prof. Dr. Felipe Bambierra enfrentam a existência de uma indeterminação relativa dos textos legais, que pode ocorrer de forma não intencional ou intencional, buscando a importância dos conceitos jurídicos indeterminados por parte tanto do Direito Constitucional Econômico quanto por parte da legislação ordinária. O tema tem uma relação próxima com a questão da interpretação dos

enunciados normativos e da decisão que aplica a norma. Os autores buscaram demonstrar que a vagueza nos textos legais nem sempre constitui uma falha de redação ou um defeito que pode ser eliminado por um acréscimo de rigor técnico, mas apenas uma estratégia do direito que permite uma maior adaptabilidade das decisões judiciais.

Em um segundo momento, a pesquisadora do Instituto Bonavero de Direitos Humanos da Universidade de Oxford e do Núcleo de Diplomacia e Saúde da Fiocruz, Dra. Aline Albuquerque, analisou o uso de algoritmos pelas empresas de TIC nas redes sociais sob a perspectiva do arcabouço teórico-normativo dos direitos humanos, particularmente do direito à privacidade. Trata-se de pesquisa teórica, fundamentada nos conceitos de capitalismo de vigilância e de “instrumentarismo”, desenvolvidos por Zuboff, e de privacidade na era dos algoritmos, formulado por Mai; bem como alicerça-se nas investigações desenvolvidas pelos projetos de pesquisa da Universidade de Cambridge e o da Universidade de Essex.

O Prof. Dr. Pablo Malheiros e o Prof. Dr. André Luiz Ramos observaram que a fenomenologia hermenêutica e as lógicas contemporâneas oferecem ferramentas para o delineamento de uma concepção substancial de segurança jurídica, cunhada ao (an)verso do esfacelamento da unidade texto-norma. Os doutos professores defendem que o controle público da linguagem a partir de uma crítica às decisões judiciais, em combate ao decisionismo, permite um prestígio à segurança *no* Direito para além da segurança *do* Direito. Os colegas pesquisadores demonstraram a incidência do núcleo teórico por meio de uma crítica ao acórdão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que julgou o Recurso Especial nº 1.658.069, utilizando o método fenomenológico-hermenêutico, por meio da Metodologia de Análise de Decisões (MAD). Os professores, então, concluíram que seja pela hermenêutica jurídica ou pela lógica não monotônica, o julgado do STJ feriu o princípio da segurança jurídica, resultando em mais um exemplo de decisionismo judicativo no Brasil.

O pesquisador Geraldo Henrique Barbosa investigou no Projeto de Pesquisa *Políticas Públicas e Jurisdição Constitucional: Controle de Constitucionalidade e Inclusão Social*, na Universidade Federal de Goiás, o uso do silogismo axiomático no discurso jurídico, buscando verificar

a mudança de paradigma após a virada linguística, na qual o uso do silogismo antes visto como capaz de garantir ao raciocínio jurídico o “status” de conhecimento, passou a ser visto como um mero modelo de apresentação das decisões. O pesquisador buscou avaliar como a racionalidade do discurso é percebida com base nos critérios críticos do intérprete jurídico nos *hard case* dado que é ele quem atribuirá significado ao significante normativo.

A doutoranda da Universidade de São Paulo, Carolina Moulin, investigou a responsabilidade aplicada aos atos ilegais resultantes das ações de algoritmos. A pesquisadora buscou entender as implicações éticas, sociais, econômicas, culturais e legais do desenvolvimento de algoritmos autônomos de tomada de decisão. Para construir a investigação se dialogou com as ideias de Aimatai e Oren Etzioni. De forma secundária, foram discutidas no trabalho as consequências econômicas e sociais da Inteligência Artificial como desemprego em massa, automação de empregos, renda básica universal e redução de horas de trabalho.

A professora de Lógica Perene e Direito Empresarial da Universidade Federal de Goiás, Prof^a. Ms. Liliana Bittencourt, estudou e refletiu quanto aos princípios da liberdade e da segurança. A professora teceu comentários ao problema de como equilibrar, com estabilidade, a dignidade da pessoa humana e a limitação da liberdade de suas ações em razão do bem comum, exposta por Charles De Koninck em 1943. A partir da linguagem filosófica aristotélico-tomista foi estabelecida uma base comum de comunicação sobre a matéria e a forma discutidas, para então demonstrar o perigo de se isolar a liberdade da ordem do todo e também o perigo de se tomar o bem de uma coletividade personificada como sendo o bem comum. Ao final, propõe-se um caminho de retorno às bases do direito natural como uma necessidade para restaurar a confiança em soluções políticas.

A psicanalista e Prof^a. Ms. Marina Cançado discorreu sobre como a psicanálise pode dialogar com o Direito no que se refere à noção de Lei, as leis, a ética e o desejo. A pesquisadora propôs uma diferença dos conceitos de Lei e de leis, levando-se em consideração as implicações tanto para a psicanálise quanto para o Direito. Em seguida, apontou a posição da ética como lugar de liberdade contra a moral, sem desconsiderar o pa-

pel regulador das leis para o laço social. E ao final, convocou a psicanálise para sustentar o debate quanto às questões éticas e suas encruzilhadas jurídicas.

O Prof. Dr. Saulo Coelho e a pesquisadora Natália Teles desenvolveram uma pesquisa com objetivo diagnóstico e caráter crítico-reflexivo, buscando conhecer o verdadeiro estado da arte do tratamento dispensado às disciplinas dos cursos de Direito, no Estado de Goiás, verificando a (in) existência do compromisso com o paradigma instituído pela virada linguística e, ainda, produzindo um diagnóstico sobre as características dos referenciais teóricos empregados na educação jurídica goiana.

O Prof. Dr. Germano Campos e a pesquisadora Gabriela Yumi propuseram um debate e uma análise historiográfica quanto à corrupção na administração pública como uma das causas para as desigualdades sociais e para a miséria que afeta parcela da população brasileira. Sustentaram que a corrupção atinge a riqueza material de uma sociedade, fere os direitos essenciais à vida ao permitir a exclusão social, retirando não só a qualidade de vida, mas também o mínimo existencial. Propõem um combate estrutural à corrupção administrativa, tendo por referência a experiência histórica das instituições públicas brasileiras e pela observância aos princípios constitucionais da moralidade, da probidade, da boa-fé e da ética aos agentes públicos no desempenho de suas funções.

A Prof^a. Dr^a. Franciele Cardoso e o pesquisador Geraldo Henrique Barbosa se propuseram a investigar o instituto constitucional da naturalização extraordinária, tendo como referenciais a hermenêutica filosófica e a criminologia crítica ao identificar e problematizar o processo de naturalização no ordenamento jurídico brasileiro e o fenômeno da crimigração. Os pesquisadores observaram que essa intersecção ganha status constitucional quando o constituinte originário dispôs na Constituição Federal que para os estrangeiros obterem a nacionalidade brasileira devem residir no Brasil por 15 anos e não terem antecedentes criminais. Ou seja, a pesquisa buscou investigar os efeitos da *crimmigration* na aquisição do direito subjetivo à nacionalidade.

E fechando a coletânea temos o trabalho da advogada Beatriz Borges e Silva, orientada pela Prof^a. Dr^a. Franciele Cardoso, que investigou os impactos da aplicação das medidas de segurança pelas mudanças tem-

porais trazidas pela Lei nº 13.964/2019 às penas privativas de liberdade. Ademais, buscou-se demonstrar a realidade dos pacientes submetidos à medida de segurança no Brasil, a fim de ressaltar os malefícios causados por grandes períodos de internação nos chamados Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico. Como solução alternativa à questão da ausência expressa em lei do limite temporal para a aplicação das medidas de segurança, a pesquisadora apresenta os projetos exitosos PAI-PJ, de Minas Gerais, e PAILI, do Estado de Goiás, os quais trazem uma nova forma de execução das medidas de segurança, objetivando-se atender aos princípios da Reforma Psiquiátrica Brasileira, respeitando os direitos à liberdade e dignidade.

Por tudo isso, o leitor se depara com uma obra que busca apresentar o panorama da jurisdicionalidade e da ciência jurídica nas duas primeiras décadas do século XXI. Os trabalhos apresentados primam pelo rigor científico e abarcam todo um leque de questões, percorrendo os paradigmas da filosofia da linguagem, hermenêutica filosófica, conceitos jurídicos indeterminados, ou ainda pela incidência nos novos tempos dos instrumentos de inteligência artificial e a responsabilidade dos algoritmos autônomos de tomada de decisão, além da abordagem de problemas de justiça social que devem ser superados para ratificação de uma jurisdição constitucional que dê máxima eficácia à Constituição Federal. Temos certeza de que as reflexões apresentadas serão de grande valia para a elucidação de todos os temas abordados.

Boa Leitura!

Arnaldo Bastos Santos Neto
Geraldo Henrique Barbosa de Almeida

Capítulo I

DIREITO ECONÔMICO E VAGUEZA: O USO DE CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

ARNALDO BASTOS SANTOS NETO

FELIPE MAGALHÃES BAMBIRRA

Resumo: Devido às constantes exigências de mutabilidade de seu entorno, o Direito Econômico necessita de uma grande abertura e flexibilidade, capazes de traduzir um nível de adequação à complexidade do seu entorno, bem como possibilitar a evolução dos seus conteúdos. O presente artigo tem como objetivo elucidar um tema específico de teoria normativa, qual seja, a existência de uma indeterminação relativa dos textos legais, que pode ocorrer de forma não intencional ou intencional, para destacarmos a importância dos conceitos jurídicos indeterminados por parte tanto do Direito Constitucional Econômico quanto por parte da legislação ordinária. O tema tem uma relação próxima com a questão da interpretação dos enunciados normativos e da decisão que aplica a norma. Pretendemos demonstrar, ao final, que a vagueza, por vezes, demonstrada nos textos legais, nem sempre constitui uma falha de redação ou um defeito que pode ser eliminado por um acréscimo de rigor técnico, mas tão somente uma estratégia do direito que permite uma maior adaptabilidade das decisões judiciais.

Palavras-chave: Direito Econômico. Determinação e indeterminação do direito. Conceitos jurídicos indeterminados.

1. INTRODUÇÃO

O tema da indeterminação normativa possui uma grande atualidade, por encontrar-se como pano de fundo de grandes polêmicas dentro da teoria do direito e por tratar do poder decisório dos juízes e dos adminis-

tradadores públicos, tema sempre abordado nas democracias. A indeterminação dos conceitos jurídicos está presente na Constituição de 1988, em diversos trechos que remetem, direta ou indiretamente, ao direito econômico: “valores sociais do trabalho e da livre iniciativa” (art. 1º, IV); “desenvolvimento nacional” (art. 4º, II); “pobreza”, “marginalização”, “desigualdades sociais e regionais” (art. 4º, III); “existência digna” e “justiça social” (art. 170, caput); “livre concorrência” (art. 170, IV); “busca do pleno emprego” (art. 170, VIII); “interesse nacional” (art. 172); “a obrigação de manter serviço adequado” (art. 175, IV); “meio ambiente ecologicamente equilibrado” (art. 225, caput), entre outros¹.

O problema da indeterminação do direito é formulado por Brian Bix sob a forma do seguinte argumento: os problemas jurídicos não geram respostas corretas únicas. Devemos levar em conta que os materiais jurídicos, expressos na linguagem do direito, em regra, são insuficientes para tal². Os que sustentam que o direito é basicamente indeterminado baseiam-se em várias razões, entre elas, a própria natureza da linguagem. Outras razões para a indeterminação são: lacunas dentro do direito, existência de exceção às regras, generalidade das normas, dificuldade de aplicar princípios em casos particulares, etc. Contra a tese da indeterminação é conhecida a convicção de Ronald Dworkin sobre a possibilidade de obter uma única resposta correta para cada problema jurídico. A favor da tese da indeterminação temos positivistas como o próprio Kelsen e Herbert L. A. Hart.

Uma observação do fenômeno jurídico, a partir da epistemologia de viés realista, deve preocupar-se, antes de tudo, com o modo como tal sistema opera na realidade, buscando uma descrição do direito. Tal abordagem não exclui momentos normativos, como a crítica do direito exis-

¹ Pesquisando o âmbito dos “Conceitos jurídicos indeterminados” na Constituição Espanhola, David Ortega Gutiérrez cita os seguintes termos: “Tutela judicial efetiva”, “interesses legítimos”, “dilações indevidas”, “prazo máximo de duração e prazo de tempo razoável”, “honra”, “capacidade econômica”, “meio ambiente”, “insuficiência de recursos para litigar”, “interdição da arbitrariedade”, “erro judicial”, “serviços essenciais e serviços essenciais da comunidade”. Ver a respeito: GUTIÉRREZ, 2009.

² Como observa Manuel Ortega (2006, p. 17): “Las posiciones que niegan el arbitrio judicial son claramente minoritarias y, a mi juicio, recurren a una ficción insostenible consistente en defender la existencia de una única respuesta correcta lo que quiere decir que siempre sería potencialmente posible el hallazgo de esta solución correcta, en el marco de los sistemas jurídicos, bien a través de las reglas o bien a través de los principios”.

tente e a preconização de correções, mas tem uma ênfase na sua tarefa descritiva. Tal equação pode ser diferente em outras abordagens do direito, certamente.

Sendo assim, lançando um olhar sobre a prática forense, veremos inúmeros casos em que os juízes criam o direito, ou seja, sempre existe uma margem para o exercício da discricionariedade, em maior ou menor grau. Expresso em outros termos, existe sempre um elemento inafastável de decisão no exercício da atividade judicial. Tal discricionariedade fica mais patente nos chamados “casos difíceis”, em que o ordenamento jurídico não possui respostas, ou quando a resposta habitual assentada na jurisprudência já não é considerada satisfatória pelo juiz ou pelo tribunal. Temos que levar em conta o aspecto dinâmico do ordenamento jurídico, sempre em transformação. Aquilo que hoje é considerado um “caso difícil”, pode, tempos depois, ser considerado um “caso fácil”.

Em outras palavras, os juízes decidem, mas não decidem de qualquer modo, precisam observar uma moldura que não deve ser pensada tão somente nos limites semânticos propostos por Kelsen, porém, antes de tudo, dentro de uma moldura de legitimidade³, entendida aqui não somente numa acepção estrita, de um poder que emana de uma fonte legítima, mas de decisões que podem encontrar respaldo no conjunto das normas do ordenamento, que estabelecem sempre um marco de referência, fundamentadas de modo bastante pelos magistrados. Tais fundamentações devem estabelecer a fronteira entre a discricionariedade e a arbitrariedade, servindo como um instrumento que comunica as razões da decisão, visando à sua justificação.

Aparentemente, tal tese, a da indeterminação, estaria em contradição com outra tese conhecida de Kelsen, que é a tese da completude, no sentido de que o ordenamento jurídico, por possuir uma regra de fechamento onde aquilo que não está proibido está permitido, sempre possui uma resposta para cada situação, não cabendo falar em lacunas. Ocorre

³ Como observa Manuel Ortega (2006, p. 21): “Naturalmente se trata de la posibilidad de elegir entre decisiones diferentes pero legítimas, esto es, decisiones que pueden justificarse dentro del sistema jurídico. Poco importa a estos efectos cuál sea el número de alternativas posibles pues es algo que dependerá de cada caso, de manera que el hecho de que haya dos, tres o seis decisiones posibles es absolutamente irrelevante”.

que indeterminação não significa ausência de resposta, mas a possibilidade de mais de uma, cabendo ao aplicador, diante da norma posta como “esquema de interpretação”, escolher qual resposta poderá utilizar para decidir. Para Kelsen, a ideia de lacuna serve tão somente para que se decida “fora do direito”, lançando mão das concepções ideológicas do aplicador. Ao jurista de Viena interessava, antes de tudo, desnudar as máscaras que encobriam o fenômeno jurídico, num sentido propriamente realista.

No presente artigo, investigaremos o significado da tese da indeterminação, com o objetivo de demonstrarmos a sua importância para a operação do direito econômico. Inicialmente, explicitaremos como a indeterminação aparece na obra do jurista de Viena. Em seguida, vamos colecionar o aporte de um dos seus mais próximos colaboradores, Adolf Merkl, responsável, juntamente com o próprio Kelsen, pela tese da estrutura escalonada do ordenamento jurídico⁴. Depois, verificaremos como este tema é tratado na filosofia da linguagem, arcabouço filosófico tomado pelos juristas da Escola de Viena para fundamentar as suas posições. Apresentaremos como a doutrina dos conceitos jurídicos indeterminados surgiu e sua atual roupagem, para em seguida retornarmos ao tema do uso dos conceitos jurídicos indeterminados no direito econômico constitucional. Ao final, teceremos considerações sobre os aspectos mais relevantes suscitados no texto.

1. ESTRUTURA ESCALONADA E INDETERMINAÇÃO

Uma contribuição relevante do pensamento de Kelsen para a compreensão do ordenamento jurídico reside na sua visão sobre as normas como um gênero amplo, onde se enquadram tanto a Constituição e as leis infraconstitucionais, decretos e portarias administrativas, mas também as sentenças exaradas pelo Poder Judiciário. Para o jurista austríaco, normas

⁴ Adolf Merkl, juntamente com Alfred Verdross e Hans Kelsen, formou o núcleo da Escola Jurídica de Viena, colaborando estreitamente em suas publicações. Kelsen reconheceu a dívida que tinha para Merkl intitulado-o como cofundador da “teoria pura do direito”. A sua contribuição mais importante foi justamente a teoria da estrutura escalonada e gradual do ordenamento jurídico, incorporada por Kelsen em sua teoria da dinâmica jurídica. Ambos estiveram juntos também na comissão que elaborou o projeto da Constituição Austríaca de 1920. Ver a respeito: DOMINGO, 2004, p. 222-223.

jurídicas possuem um significado mais amplo que “regra” ou “lei”, abrangendo todos os textos que encerram permissões, obrigações ou proibições (os operadores modais deontológicos), independentemente do grau de abstração ou de concretização, generalidade ou particularidade que o enunciado carregue. Dessa forma, também a ação de aplicação do direito efetuada pela Administração Pública possui o mesmo grau da aplicação judicial, ressaltando a unidade entre essas duas dimensões do direito.

Os enunciados de dever ser produzidos pelos órgãos e autoridades competentes são normas jurídicas, a fim de que sejam aplicados e observados pelos destinatários. No estudo de tais enunciados, a ciência jurídica produz proposições jurídicas na forma de juízos que descrevem o conteúdo das normas jurídicas. Elas são apresentadas como válidas ou inválidas enquanto que as suas proposições descritivas podem ser verídicas ou inverídicas, conforme descrevam, de modo fidedigno, aquilo que foi estipulado pela autoridade competente.

Kelsen compreende as normas através de uma dupla dimensão: a dimensão estática, que tem como objeto o direito como um sistema de normas em vigor, e a dimensão dinâmica, que tem como objeto o próprio procedimento jurídico de produção e aplicação das normas, ou seja, o direito em seu movimento e criação.

Do ponto de vista dinâmico, ocorre uma trama normativa que decorre da possibilidade de extrair a validade de uma norma de outra norma que lhe seja superior e com a qual mantenha um vínculo de imputação objetiva, de tal forma que uma norma é sempre produto de uma outra norma. Esse mecanismo pode ser visto também como um sistema de múltiplas autorizações, para que as autoridades determinadas pela trama de competências possam fixar o conteúdo da norma a ser aplicada em um determinado caso concreto.

Esse escalonamento normativo, que liga uma norma a outra norma de uma forma objetiva, possui, todavia, a particularidade de que normas sempre demandam interpretação. Kelsen sublinha que uma norma superior nunca determina, de forma completa, o conteúdo da norma inferior, uma vez que não é possível regular em todos os detalhes o ato pelo qual esta deve ser aplicada. Toda norma sempre deixa uma margem maior ou menor para apreciação por parte do aplicador do direito, na forma de uma

moldura que é necessário delimitar. Toda norma, por mais detalhada que seja, sempre deixa uma série de pontos para que o aplicador decida. Sendo assim, a estrutura escalonada das normas revela-nos uma dimensão dupla: por um lado, implementa uma norma superior e, por outro, funciona como criação de uma nova norma.

O autor da *Teoria Pura do Direito* chamou esse aspecto da normatividade de “relativa indeterminação do ato de aplicação do direito”:

A norma do escalão superior não pode vincular, em todas as direções (sob todos os aspectos), o ato, através do qual é aplicada. Deve sempre ficar uma margem, ora maior, ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher este ato. (KELSEN, 1998, p. 388).

Em outras palavras, a aplicação do direito não implica autonomia ilimitada. Trata-se de uma autonomia adstrita aos marcos estabelecidos nos textos legais. Não altera o primado da lei ou o princípio da legalidade, basilares no Estado moderno.

Tomemos como exemplo um dispositivo do Código Penal referente à omissão de socorro:

Art. 135. Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

O enunciado traz indeterminações, com dificuldades substantivas, como o de determinar o que seja “prestar assistência” ou ainda o que constitui “desamparo” ou “grave e iminente perigo”. Consideremos que alguém veja uma criança nas ruas de uma grande cidade brasileira mendigando. O que deve fazer? Recolher a criança a um abrigo público? Levá-la para a sua própria casa? Ou simplesmente telefonar para o Conselho Tutelar informando a existência de tal criança? Diante de alguém ferido, deverá avaliar se o ferimento é grave ou não ou deverá acudir de

qualquer modo? Bastará telefonar pedindo socorro ou deve inicialmente socorrer, se puder fazê-lo sem risco pessoal? O desamparo de que fala a norma é somente físico ou também deve ser considerado o desamparo mental? E se ocorrer de o desamparado negar receber assistência? Poderá forçá-lo?

A indeterminação aparece, corriqueiramente, nas normas que estabelecem finalidades ou normas teleológicas, como os objetivos previstos no art. 3º da Constituição Federal do Brasil. O autor constituinte não poderia consignar quais os meios que deverão ser empregados na concretização dos fins propostos, remetendo a outro grau legislativo ou de aplicação a definição de tais meios. No direito penal, tais casos são também abundantes, quando o juiz trata das consequências das condutas delitivas. Nessas situações, conforme Manuel Ortega (2006, p. 36), está presente o núcleo fundamental da discricionariedade, que repousa na possibilidade de eleição entre várias alternativas legítimas.

Tal indeterminação pode ser maior ou menor, pois deriva das características da própria linguagem, como a vagueza ou a ambiguidade, fenômenos que ocorrem em todas linguagens naturais (ao contrário das linguagens ideais ou artificiais, como a matemática). A vagueza faz com que os falantes não estejam certos sobre a determinação de determinadas palavras, como, por exemplo, “alto”, “perto” ou “competente”. Márcia Caçado dá-nos um exemplo oportuno: “Se pensarmos que um elefante é grande, estaremos corretos. Mas se pensarmos que uma formiga de vinte centímetros é grande, estaremos corretos. Portanto, a ideia de grandeza é uma noção vaga” (2013, p. 68). A vagueza é uma propriedade da língua muito útil, segundo Caçado (2013, p. 68-69): “Trata-se de uma maneira econômica e, contraditoriamente, exata de nos expressarmos, sem que sejamos obrigados a determinadas escolhas, às vezes, muito complicadas no uso da língua”.

Um exemplo é o que dispõe a Norma Regulamentadora n. 17, que trata sobre ergonomia no local de trabalho. Dispõe o item 17.5.1. da referida norma: “As condições ambientais de trabalho devem estar adequadas às características psicofisiológicas dos trabalhadores e à natureza do trabalho a ser executado”. O termo vago, aqui, é a palavra “adequadas”, que transfere ao aplicador da norma, qual seja, a autoridade em segurança

e medicina do trabalho, a obrigação de analisar cada situação e, com base em outros parâmetros, indicar quais as adequações deverão ser feitas no local de trabalho.

A ambiguidade, por sua vez, ocorre quando uma expressão se encontra associada a mais de um significado, ou seja, susceptível de ser interpretada de várias maneiras. Trata-se de um “duplo sentido de uma palavra ou de uma expressão quer seja por ela mesma quer seja segundo o seu lugar e a sua conexão” (LALANDE, 1999, p. 52). Um exemplo pode ser encontrado na expressão “Pedro escolheu o canto”, em que não sabemos se Pedro escolheu um determinado espaço físico ou uma determinada peça musical. Outro exemplo é dado em: “José alugou um apartamento”. Não sabemos se José alugou um apartamento para si, tornando-se inquilino ou alugou um apartamento seu para outrem, na condição de locatário. As duas interpretações são possíveis.

Márcia Cançado (2013, p. 69) lembra que a ambiguidade e a vagueza são fenômenos semânticos que só podem ser resolvidos no contexto. Apenas com o enunciado do texto não é possível capturar o sentido preciso que lhe deva ser atribuído.

A Lei Complementar nº 95, de 26.02.1998, que dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis no Brasil, procura combater o fenômeno da ambiguidade em seu art. 11, I, letra “c”, que reza: “Art. 11. As disposições normativas serão redigidas com clareza, precisão e ordem lógica, observadas, para esse propósito, as seguintes normas: I - para a obtenção de clareza: (...) c) evitar o emprego de expressão ou palavra que confira duplo sentido ao texto”. O leitor atento da lei, todavia, poderá observar que ela não proíbe o uso do que podemos chamar de expressões vagas, até porque elas são inafastáveis da experiência jurídica. Tanto a ambiguidade quanto a vagueza são fenômenos comuns nas linguagens naturais, como o direito.

Concordamos com Manuel Atienza (2000, p. 65) que vê a ambiguidade como algo mais fácil de solucionar, enquanto a vagueza seria “consideravelmente mais grave”. Todavia, discordamos da ideia de que a vagueza seja um “defeito congênito” da linguagem. Conforme o leitor dar-se-á conta no decorrer da leitura do presente artigo, a vagueza pode ser usada como uma estratégia do legislador ou do aplicador do direito

visando transferir ao aplicador seguinte uma gama de opções capazes de possibilitar a adaptação da norma às mais diversas situações. Menos que um defeito, a vagueza constitui uma possibilidade estratégica dentro da linguagem jurídica e um dos primeiros a perceberem tal dimensão com clareza foi Hans Kelsen.

2. INDETERMINAÇÃO NÃO INTENCIONAL E INTENCIONAL

Kelsen distingue entre interpretação não intencional e intencional. Em ambas, o sentido da norma não é unívoco e a autoridade encarregada de sua aplicação pode escolher entre várias significações possíveis. Porém, na modalidade não intencional, a indeterminação aparece como um efeito não pretendido pelo legislador, como um “defeito” da linguagem jurídica, que não pode ser reduzida a uma linguagem artificial, por mais que se tecnifique⁵.

Nas palavras do autor da *Teoria Pura do Direito*:

A mesma situação se apresenta quando o que executa a norma e a vontade da autoridade legisladora, que se há de exprimir através daquela expressão verbal, existe uma discrepância, podendo em tal caso deixar por completo de lado a resposta à questão de saber por que modos aquela vontade pode ser determinada. (KELSEN, 1998, p. 389).

⁵ Henrique Simon (2006, p. 123) compreende a indeterminação não-intencional como problemática: “Mas a espécie de indeterminação mais problemática é a não intencional. Ela decorre das diversas significações que podem apresentar as palavras ou as sentenças presentes na norma a ser analisada ou aplicada. Esses diversos significados que podem apresentar as expressões contidas na norma geram a possibilidade de se entender o sentido da norma de maneiras diversas (ou seja, as normas, como são produzidas em linguagem natural, são dotadas de ambiguidade). Se a tarefa do cientista do direito é apenas descrever os significados possíveis da norma, o órgão aplicador do direito tem não só autoridade (que lhe foi conferida pelo ordenamento) para escolher uma delas, mas tem o dever de escolher. Isso porque, se o órgão não emite um juízo de valor escolhendo o melhor sentido normativo para o caso concreto, ele não cumpre a sua obrigação de criar a norma individual. Outro caso de indeterminação não intencional pode ocorrer quando duas normas que pretendem ter validade simultaneamente apresentam preceitos contraditórios (para isso gerar problema, as normas devem ter a mesma hierarquia). Nessa situação, Kelsen diz que, se não for possível ao juiz aplicar o princípio segundo o qual a norma posterior derroga a anterior, deve-se entender que o ordenamento deu ao juiz a liberdade de escolher qual das duas normas aplicar”.

Em tais situações é forçoso aceitar a possibilidade de o intérprete lançar mão de mecanismos como as interpretações extensiva ou restritiva como formas de estabelecer o sentido da norma. Em outras palavras, diante da indeterminação não intencional, é necessário lançar mão de uma interpretação corretora⁶. Kelsen (1998, p. 390) completa: “Que a chamada vontade do legislador ou a intenção das partes que estipulam um negócio jurídico possam não corresponder às palavras que são expressas na lei ou no negócio jurídico, é uma possibilidade reconhecida, de modo inteiramente geral, pela jurisprudência tradicional”.

A indeterminação intencional, por sua vez, constitui uma estratégia do legislador que transfere para o aplicador do direito a responsabilidade de determinar, nas situações concretas, que norma deverá ser aplicada. No primeiro caso em que a indeterminação surgiu como uma qualidade da linguagem, o jurista de Viena nomeia como indeterminação não intencional. No segundo caso, quando a indeterminação é pensada como mecanismo que amplia a discricionariedade do aplicador, tal indeterminação é chamada de intencional.

Adolf Merkl, membro da chamada Escola Austríaca do Direito e colaborador de Kelsen, trouxe-nos uma reflexão interessante sobre o tema do arbítrio administrativo. Entende como arbítrio o fenômeno da liberdade jurídica dos órgãos estatais. Tal liberdade opera sempre passo a passo ante a vinculação legal que é característica do Estado de Direito. Sendo assim, em cada caso, o órgão administrativo encontra uma esfera condicionada juridicamente ao lado de uma esfera de liberdade jurídica, ou seja, de arbítrio administrativo. Merkl compreende como arbítrio ou como liberdade discricionária que não é somente uma particularidade da administração, mas algo que pode ser encontrado em todos os domínios da atividade estatal. Dessa forma, podemos tratar tanto do arbítrio administrativo quanto judicial.

⁶ Conforme a lição de Riccardo Guastini, existem dois tipos fundamentais e mutuamente excludentes de interpretação, a declarativa e a corretora. Na interpretação declarativa suponho que o legislador disse o que queria dizer e não disse o que não queria dizer. Enquanto que na interpretação corretora verificamos que o legislador disse mais ou disse menos do que o que deveria ter dito. No primeiro caso, em que o legislador disse mais, é necessário restringir a interpretação. No segundo caso, em que o legislador disse menos, devemos ampliar a interpretação. Também são técnicas de interpretação corretora a sistemática, a adequada, a histórica e a evolutiva. Ver a respeito: GUASTINI, 1999, p. 25 a 51.

Também para Kelsen, a discricionarietà administrativa, ou seja, a faculdade de valorar entre vantagens e desvantagens no âmbito da ação administrativa ou, na fórmula mais usual na doutrina brasileira, a faculdade de decidir sobre a conveniência e a oportunidade do mérito do ato administrativo, aparece como uma típica questão de aplicação do direito. Com o detalhe que a aplicação sempre demanda uma atividade construtiva, de definição, de particularização de critérios, de adoção de padrões, de escolha entre variáveis, o que nos remete à ideia kelseniana de que o ato de aplicação é também um ato de criação do direito. Isto ocorre porque as normas elaboradas pelo legislador nunca são exaustivas. Discorrendo sobre o tema na obra de Kelsen, Csaba Varga (2012, p. 397), professor húngaro, comenta que o ponto de partida do autor vienense:

Podría resumirse en las siguientes tesis: Primera, la aplicación del derecho es el medio por el cual, en general, la norma abstracta toma una forma concreta e individual. Segunda, la aplicación del derecho no es en este sentido una simple implementación, sino la creación de una norma individual con base en la norma general. Tercera, este proceso no consiste en una nueva declaración de normas jurídicas preexistentes, sino en la constitución de algo nuevo que se incorpora al orden jurídico. Cuarta, la admisión de la libre ponderación (la posibilidad de discricionalidad) en el proceso decisorio no es una degeneración de la actividad administrativa, sino una propiedad de la aplicación del derecho, teóricamente presente en todos los casos.

Tais formas de liberdade não estão condicionadas por sua formulação mais ou menos consciente ou intencional do direito positivo, mas por uma característica da própria estrutura escalonada de produção do direito, onde, nos escalões superiores, existe mais abstração e, nos inferiores, mais concreção. Sendo assim, a Constituição é mais abstrata enquanto que as leis criadas, conforme a Constituição, são, em relação a esta, mais concretas.

Por sua vez, os regulamentos redigidos *segundum legem* são mais concretos do que as leis, sendo estas mais abstratas com relação aos textos regulamentares. Nas palavras de Merkl (2014, p. 197):

Um ato relativamente abstrato, que serve como regra de produção de ato relativamente concreto, não pode determinar a este último de uma maneira completa, proporcionando, no entanto, unicamente, um componente para seu processo de concreção e deve abrir caminho para outro componente: o arbítrio do órgão competente para levar a cabo o ato que requer concreção. (Tradução nossa).

Merkl conclui que discricionariedade não é uma instituição arbitrária do direito positivo ou uma deficiência inevitável da técnica legal, mas uma necessidade fundada na própria natureza da execução como concreção de uma norma abstrata. Não é possível, portanto, um direito que prescindia da decisão dos aplicadores em cada esfera de execução ou de concreção de normas mais abstratas. Na prática, o órgão superior decide transferir parte da sua decisão para o órgão inferior, ou seja, delega parte de seu poder.

Cabe indagar, aqui, sobre os limites epistemológicos de toda estipulação de regras ante a complexidade da vida social. O legislador ou qualquer outra autoridade produtora de normas nunca dispõe de todas as informações necessárias sobre como as coisas se passarão após a edição do texto legal, pois isto implicaria um controle do futuro. A ação humana é sempre condicionada por tais limites epistemológicos, uma vez que muitas ações podem ter consequências imprevistas. Aquele que toma uma decisão, muitas vezes, o faz sempre diante de um quadro parcial e incompleto de informações, pois a totalidade da dimensão real é inabarcável pela mente humana ou até mesmo por sofisticados modelos computacionais.

3. OS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS NO DIREITO ECONÔMICO

A ideia dos conceitos jurídicos indeterminados, nascida na doutrina austríaca do século XIX, remete-nos a uma compreensão do direito como linguagem. Edmund Bernatzik e Friedrich Tetzner trataram do tema extensamente no século passado, divergindo sobre os alcances da indeterminação. Para Bernatzik, a indeterminação teria um conteúdo técnico

e caberia à Administração escolher, diante da situação fática, que solução adotar, fazendo com que, em determinado contexto, fosse possível a adoção de mais de uma alternativa. Para Tetzner, todavia, todos os atos da Administração estão sujeitos ao controle judicial devido à supremacia do interesse público, e a diferença entre conceitos determinados e indeterminados é uma diferença quantitativa e não qualitativa. Os atos administrativos praticados com base em conceitos jurídicos indeterminados podem ser submetidos à revisão judicial, não podendo ser colocados na categoria de atos discricionários.

Para Sainz Moreno (1976, p. 70), em obra de referência sobre o tema, um termo é indeterminado “cuando no tiene limite preciso, cuando no traza sobre la realidade a la que se refiere una línea reta”.

A indeterminação do conceito traria para o aplicador a possibilidade de efetuar um juízo de meios e fins capazes de calibrar a pretensão de dar efetividade às leis. Conceitos como “interesse público”, “utilidade pública”, “incapacidade permanente”, “preço justo” ou então “boa-fé” se enquadram dentro desta categoria de expressões jurídicas cuja vagueza e plurissignificatividades permitem uma adaptabilidade maior do aplicador do direito a diferentes situações. Sendo flexíveis, as normas calcadas em conceitos jurídicos indeterminados também terão uma maior durabilidade, precisamente por sua vagueza.

Fábio Bensoussan e Marcus de Freitas Gouvêa (2016, p. 39) definem como conceitos indeterminados “aqueles que, por sua elevada abstração, permitem ao aplicador maior margem de interpretação, capazes de ajustar a interpretação da norma à realidade dos fenômenos por ela disciplinados”. Em seguida apresentam como exemplo no Direito Econômico, o art. 36 da Lei da Concorrência (Lei nº 12.529/2011) que dispõe:

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; III - aumentar arbitrariamente os lucros; e IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

No dispositivo mencionado existem vários conceitos jurídicos indeterminados, como “livre concorrência”, “livre iniciativa”, “dominar mercado relevante de bens e serviços”, “aumentar arbitrariamente os lucros” e ainda “posição dominante”.

A “indeterminação” deve, entretanto, ser relativizada. Para Odet Medauar (2009, p. 118), mesmo com a designação como indeterminado, o conceito não o é, “pois é possível expressar verbalmente o seu significado. O que ocorre é a impossibilidade de identificar a priori todas as situações que se enquadram na fórmula. Mas, no momento em que uma situação ou fato aí se enquadram, efeitos ou consequências jurídicas ocorrem”⁷.

A compreensão inicial partia da ideia de que os conceitos jurídicos indeterminados simplesmente alargavam a esfera de discricionariedade do aplicador do direito. Mas como alertam Enterría e Fernández (2014, p. 467), a “discricionariedade é essencialmente uma liberdade de escolha entre alternativas igualmente justas, ou, se preferir, entre indiferentes jurídicos, porque a decisão geralmente se fundamenta em critérios extrajurídicos”. A doutrina alemã mais contemporânea reelabora a concepção dos conceitos jurídicos indeterminados, afirmando a distinção entre estes e a discricionariedade administrativa. No caso dos conceitos jurídicos indeterminados, através da definição de uma zona de certeza positiva, outra intermediária e uma zona de certeza negativa, é possível encontrar qual a resposta mais adequada para cada interpretação do texto normativo efetuada diante de situações concretas.

Os conceitos jurídicos indeterminados nos remetem a uma dialética entre o regrado e o discricionário, com ênfase para a primeira ca-

⁷ Medauar prossegue: “Algumas correntes se formaram para explicar os vínculos entre os conceitos jurídicos indeterminados e a discricionariedade. Segundo um entendimento, não haveria discricionariedade quando o legislador usasse uma fórmula ampla, pois isso levaria a uma única solução, sem margem de escolha. Em linha oposta, diz-se que a presença de um “conceito indeterminado” leva necessariamente ao exercício do poder discricionário. Melhor parece considerar que o direito sempre utilizou tais fórmulas amplas, mesmo no direito privado, sem que fossem necessariamente associados a poder discricionário. Havendo parâmetros de objetividade para enquadrar a situação fática na fórmula ampla, ensejando uma única solução, não há que falar em discricionariedade. Se a fórmula ampla, aplicada a uma situação fática, admitir margem de escolha de soluções, todas igualmente válidas e fundamentadas na noção, o poder discricionário se exerce”.

racterística apontada. Na autêntica discricionariedade, o aplicador pode escolher entre várias alternativas, todas elas igualmente válidas e legítimas, pois juridicamente significam a absoluta indiferença perante o direito quanto à escolha feita entre algumas opções, a exemplo das “listas tríplexes”, escolha elaborada por um órgão para posterior escolha pelo chefe do executivo no preenchimento do cargo. Já com os conceitos jurídicos indeterminados, a margem para eleição de escolhas é definida pela construção de zonas de certeza e incerteza, que recolocam o problema em outro patamar.

Enterría e Fernández (2014, p. 469) assim colocam a questão:

Na estrutura de todo conceito indeterminado é possível identificar um núcleo fixo (Begriffskern) ou “zona de certeza”, formado por dados prévios e seguros, uma zona intermediária ou de incerteza ou “aura do conceito” (Begriffshof), mais ou menos definida e, por último, uma “zona de certeza negativa”, também segura quanto à exclusão do conceito.

Na zona intermediária, acontece uma “margem para apreciação”, cuja presunção de legitimidade e legalidade, em nosso direito, tende a favorecer a Administração Pública, que não pode, entretanto, ser confundida uma posição que garanta um puro exercício discricionário do poder.

O termo “desenvolvimento nacional” posto como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil constitui um típico conceito jurídico indeterminado, cuja plurivocidade pode nos conduzir a diversas interpretações. Todavia, ao localizarmos em volta de tal conceito uma dimensão ou zona de certeza positiva e outra de certeza negativa podemos entabular um diálogo capaz de traduzir a indeterminação do conceito em determinação, diante das situações concretas, não de forma absoluta, chegando a uma única e incontroversa resposta, mas reduzindo significativamente as opções postas diante do aplicador da regra constitucional. E entre a zona de certeza negativa e a positiva podemos encontrar também uma zona de incerteza, que nos conduz forçosamente a uma margem de apreciação.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os romanos usavam o brocardo *optima lex quae minimum relinquit arbitrio iudicis* (ou seja: a melhor lei é aquela que deixa o mínimo possível para o arbítrio dos juízes). No realismo jurídico dos romanos já estava presente a impossibilidade de eliminação completa de qualquer possibilidade de escolha por parte dos aplicadores do direito. O tema que subjaz, da antiguidade aos nossos dias, é justamente o da escolha e da interpretação das palavras contidas nos textos legais, buscando determinar o seu sentido e alcance.

Tal temática encontrou espaço em sua teoria da interpretação jurídica sob a forma de uma distinção, por vezes pouco compreendida, entre a indeterminação intencional e não intencional. A primeira compreendida como uma estratégia do legislador ou do aplicador do direito e a segunda como um dos “defeitos” inerentes a uma linguagem natural como o direito⁸.

Verificamos que ambas as indeterminações possuem como raiz o uso da ambiguidade ou da vagueza. Estabelecida a distinção entre ambos os fenômenos da linguagem, pudemos constatar que a ambiguidade deve ser combatida, como preconiza a Lei Complementar nº 95/98, art. 11, I, letra “c”. O uso da vagueza, todavia, pode simplesmente fazer parte de uma estratégia do legislador na confecção das normas.

Na impossibilidade de verificarmos, senão através de uma interpretação originalista histórica, capaz de remontar aos motivos dos legisladores no momento da confecção das normas, é sempre problemática a verificação da intencionalidade.

Como reflexão sobre o tema, entendemos que melhor seria diferenciar a indeterminação como decorrente da ambiguidade ou decorrente da vagueza, assumindo a primeira como problemática e a segunda como estratégica ou intencional. O corolário de vermos a indeterminação como estratégica tangencia o argumento decisionista, pois o aplicador possui liberdade para decidir, porém esta liberdade foi-lhe concedida, calculada intencionalmente pelo legislador, não se trata de uma liberdade autoconferida.

⁸ Mesmo o direito se localizando dentro da linguagem natural, trata-se de uma linguagem especial, uma vez que não se expressa na linguagem comum, mas geralmente numa linguagem tecnicada.

Nosso foco no presente artigo foi justamente a indeterminação intencional ou estratégica, que se apresenta, no Direito Econômico, muitas vezes, sob a forma dos “conceitos jurídicos indeterminados”. Para uma correta compreensão do tema, estudamos a contribuição de Adolf Merkl, partícipe da Escola de Viena, que defendeu que a indeterminação correspondia à própria dinâmica do direito, através da sua estrutura escalonada das normas. Para Merkl, a indeterminação é necessária, não se trata de um defeito da linguagem. Os ordenamentos complexos, escalonados hierarquicamente, precisam desse mecanismo, que corresponde à própria progressão da norma, abstrata e genérica quando formulada pelo legislador até a sua concreção e individualização no caso concreto pelo magistrado.

Na doutrina administrativista dos “conceitos jurídicos indeterminados” encontramos ainda a formulação de que tais conceitos possuem uma zona de certeza negativa e uma zona de certeza positiva, o que permite a sua ulterior determinação dentro de uma zona cinzenta intermediária, onde é possível preencher os conteúdos dentro das variações exigidas pela adaptação e evolução constante e dinâmica às quais encontra-se submetido o Direito Econômico.

REFERÊNCIAS

ATIENZA, Manuel. *Tres Lecciones de Teoría del Derecho*. Alicante: Editorial Club Universitario, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos da dogmática constitucional transformadora*. 4. ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988, v. 01.

BENSOUSSAN, Fábio Guimarães; GOUVÊA, Marcus de Freitas. *Manual de Direito Econômico*. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. Salvador: Juspodium, 2016.

CANÇADO, Márcia. *Manual de Semântica*. Noções básicas e exercícios. São Paulo: Contexto, 2013.

CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2011.

CLEVES, Gonzalo A. Ramírez (editor). *Ecos de Kelsen: Vida obra y controversias*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012.

DOMINGO, Rafael (ed.). *Juristas Universales*. v. 04. Barcelona: Marcial Pons, 2004.

ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo*. Revisor técnico Carlos Ari Sundfeld. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GUASTINI, Riccardo. *Estudios sobre la interpretación jurídica*. México: UNAM, 1999.

GUTIÉRREZ, David Ortega. *Los conceptos jurídicos indeterminados en la jurisprudencia constitucional española: um avance doctrinal hacia su determinación a través de los elementos comunes de la casuística*. Madri: Dykinson, 2009.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LALANDE, André. *Vocabulário Técnico e Crítico da Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 13. ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MERKL, Adolf. *Teoría General del Derecho Administrativo*. Coyoacán (México): Coyoacán, 2014.

MORA, José Ferrater. *Dicionário de Filosofia*. Tomo IV. Tradução de Maria Stela Gonçalves *et al.* São Paulo: Loyola, 2001.

MORENO, Fernando Sainz. *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*. Madri: Civitas, 1976.

ORTEGA, Manuel Segura. *Sentido y límites de la discrecionalidad judicial*. Madri: Centro de Estudios Ramón Areces S.A, 2006.

SIMON, Henrique Smidt. *Direito, hermenêutica e filosofia da linguagem*. O problema do decisionismo em Hans Kelsen e Herbert Hart. Belo Horizonte: Argumentvm, 2006.

Capítulo II

A PRIVACIDADE NA ERA DOS ALGORITMOS SOB A ÓTICA DOS DIREITOS HUMANOS

ALINE ALBUQUERQUE

Resumo: Em razão da repercussão dos algoritmos na modulação de comportamentos e no processo de tomada de decisão, neste estudo tem-se como objetivo analisar o uso de algoritmos pelas empresas de TIC que mantêm a rede social sob a perspectiva do arcabouço teórico-normativo dos direitos humanos, particularmente do direito à privacidade. Trata-se de pesquisa teórica, fundamentada nos conceitos de capitalismo de vigilância e de “instrumentarismo”, desenvolvidos por Zuboff, e de privacidade na era dos algoritmos, formulado por Mai; bem como alicerça-se nas investigações desenvolvidas pelos projetos de pesquisa da Universidade de Cambridge e o da Universidade de Essex. Sob o prisma documental, este estudo tem como base os documentos produzidos no âmbito do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, do Conselho da Europa e da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que tratam da temática relativa aos direitos humanos na era digital e da responsabilidade de empresas. Concluiu-se que a regulação com base no arcabouço dos direitos humanos do uso de algoritmos pelas empresas de TIC na rede social seja fundamental, conjugada com o ativismo de movimentos da sociedade civil nessa direção, a fim de refrear o poderio econômico e social das empresas de TIC.

Palavras-chave: Direitos humanos. Privacidade. Algoritmos.

1. INTRODUÇÃO

A era digital provocou mudanças profundas nas sociedades contemporâneas e nos indivíduos, o que impactou irreversivelmente a vida

humana. O ambiente da rede social¹ e a natureza das empresas de Tecnologia da Informação e Comunicação (doravante “empresas de TIC”)² responsáveis por manter tais ambientes impõem a constatação de que o manejo de dados pessoais tem o potencial de impactar negativamente nos direitos humanos. Empresas como Google, Facebook, Twitter, Apple, Microsoft, LinkedIn e Yahoo!, desempenham o papel de gerenciadores de serviços e plataformas que modelam normas e limites de como os seus usuários formam opiniões, encontram informação, debatem e se mobilizam (JØRGENSEN 2019, p. xvii).

Essas são corporações transnacionais que detêm dados de bilhões de pessoas e isso se constitui em um poder inimaginável e sem precedentes, com consequências significativas para os direitos humanos (JØRGENSEN 2019, p. xvii). Os sistemas digitais e a inteligência artificial gerenciados por essas empresas de TIC criaram centros de poder, e centros de poder desregulados sempre constituem um risco para os direitos humanos (BACHELET, 2020, online).

A privatização da internet em meados da década de noventa a transformou em um negócio lucrativo (BERMEJO, 2019, p. 119-136). Por exemplo, o Facebook lucrou 15, 06 bilhões de dólares em 2015 (YORK 2019, p. 119-137; 161) e detém, em parceria com a empresa Acxiom, informação sobre mais de 500 milhões de consumidores ativos em todo o globo (BARTLETT, 2018, p. 18). Por sua vez, o YouTube molda, por meio de seus algoritmos, o que seus mais de 1,5 bilhão de usuários assistem (BARTLETT, 2018, p. 62). Além do poderio econômico, as empresas de TIC têm mecanismos de inteligência artificial, como o sistema de algoritmos³, que influenciam comportamentos e interferem na tomada de decisão dos seus usuários. O poder de dimensões globais das empresas de TIC concorre para a deterioração das democracias (BARTLETT, 2018, p. 6), o

¹ Adota-se neste estudo a definição de Jørgensen para “rede social”: plataformas online e serviços designados e desenvolvidos para conferir suporte e promover a interação social. JØRGENSEN (2019, p. xviii-xxviii).

² Utiliza-se a expressão “empresas de Tecnologias de Informação e Comunicação”. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS (2018, online).

³ Entendidos, conforme o Conselho da Europa, como “aplicações que fazem uso de otimização de técnicas matemáticas, que performam uma ou mais tarefas, tais como reunir, combinar, limpar, escolher, classificar e inferir dados, bem como selecionar, priorizar e recomendar e tomar decisões”. EUROPEAN COUNCIL (2019).

enfraquecimento da coesão social (BECHMANN, 2019, p. 73-93) e a desconstrução da verdade por meio de *fake News* (BACHELET, 2020, online).

No início do uso massivo da rede social, esta foi amplamente considerada como uma plataforma de “libertação tecnológica” apta a fomentar a *advocacy* em direitos humanos por organizações não governamentais (MCPERSHON, 2017, p. 230-245). No entanto, passados os anos, reconhece-se que o poderio econômico desregulado das empresas de TIC ameaça o direito à privacidade, à participação pública, à liberdade de religião e de crença, de opinião e de expressão, e de reunião e de associação (CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, 2018, online).

Nesse sentido, conforme pontuou Bachelet (2020, online), em seu pronunciamento sobre o tema “Direitos Humanos na Era Digital”, como ocupante do cargo de Alto Comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos, “a revolução digital é a maior questão global de direitos humanos”. A despeito do incremento dessa percepção, os Estados não têm demonstrado aspiração reguladora quando se trata de empresas de TIC com a finalidade de salvaguardar os direitos humanos.

Igualmente, os Sistemas Internacionais de Direitos Humanos ainda estão construindo aportes teórico-legais para fundamentar obrigações em direitos humanos das empresas de TIC. Quanto ao ponto da regulação, Bachelet (2020, online) aponta o desafio para o campo dos direitos humanos, na medida em que se impõe enfrentar os fenômenos da desregulamentação, do excesso de regulação e do mau uso deliberado. Tomaram-se iniciativas na direção do enfrentamento de tal desafio; entre estas, destacam-se o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados - RGPD, adotado no âmbito da União Europeia em 2018 e, no Brasil, a Lei Geral de Proteção de Dados, de 2019, que constituem avanços notáveis na proteção da privacidade e dos dados pessoais. Ambas as normativas não são objeto deste estudo, porém, importa registrar que são regulações que avançam na direção do exercício por parte do Estado da sua obrigação de proteger seus jurisdicionados, em face de eventuais violações aos direitos humanos perpetradas por terceiros, especificamente, por empresas de TIC que mantêm a rede social.

As investigações acadêmicas sobre o impacto da atuação das empresas de TIC sobre os direitos humanos ainda são incipientes. No mesmo

sentido, são escassas as pesquisas que buscam perquirir como as pessoas percebem o sistema de algoritmos e seu entendimento acerca de como funciona (MAI, 2019, p. 95-116). Em razão da repercussão dos algoritmos na modulação de comportamentos e no processo de tomada de decisão, neste estudo tem-se como objetivo analisar o uso de algoritmos pelas empresas de TIC que mantêm a rede social sob a perspectiva do arcabouço teórico-normativo dos direitos humanos, particularmente do direito à privacidade (UNITED NATIONS, 2020, online).

Desse modo, trata-se de pesquisa teórica, fundamentada nos conceitos de capitalismo de vigilância e de “instrumentarismo”, desenvolvidos por Zuboff (2019, p. 3-52), e de privacidade na era dos algoritmos, formulado por Mai (2019, p. 95-116); bem como alicerça-se nas investigações desenvolvidas pelos projetos de pesquisa da Universidade de Cambridge (2020, online), “Direitos Humanos e Mídia Social” e o da Universidade de Essex (2020, online), “Direitos Humanos, Big Data e Tecnologia”.

Sob o prisma documental, este estudo tem como base os documentos produzidos no âmbito do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (UNITED NATIONS, 2014, online), do Conselho da Europa (2020, online) e da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (2019, online), que tratam da temática relativa aos direitos humanos na era digital e da responsabilidade de empresas.

Cabe registrar que este artigo não tem como intuito aprofundar as discussões acerca do uso de algoritmos e a autonomia pessoal (DONE-DA *et al.*, p. 1-17), da aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados e de outros temas relevantes que se entrelaçam com a temática ora estudada. Sendo assim, tem-se como escopo abordar o uso de algoritmos e o direito à privacidade, sob o prisma do arcabouço teórico-normativo dos direitos humanos. Para tanto, este artigo está estruturado em três partes: a primeira versa sobre aspectos gerais dos direitos humanos no contexto da era digital; a segunda trata do direito à privacidade quando aplicado no ambiente digital da rede social; e, por fim, a última parte aborda o uso do sistema de algoritmos pelas empresas de TIC na rede social, sob a ótica do direito à privacidade. Em seguida, passa-se à exposição dos conceitos de capitalismo de vigilância e de instrumentarismo.

2. O CONCEITO DE CAPITALISMO DE VIGILÂNCIA E DE INSTRUMENTARISMO

Neste item serão abordados os conceitos de capitalismo de vigilância e de instrumentarismo, formulados por Zuboff (2019, p. 3-52), com o objetivo de compreender o contexto no qual as empresas de TIC atuam e os meandros intrincados da temática, na medida em que se entrelaça com problemáticas econômicas, políticas e sociais. Essas problemáticas não serão objeto de análise neste estudo, porém, a sua exposição é essencial para se desenvolver um pensamento interdisciplinar acerca do direito à privacidade na rede social.

Segundo Zuboff, entre os anos de 2002 e 2018, emergiu um capitalismo de vigilância que produz uma nova economia de poder, denominada de “instrumentarismo”, associada à geração de riqueza pela vigilância digital. A emergência do capitalismo de vigilância se dá no contexto que impôs às empresas pujantes do Vale do Silício o enfrentamento de pressão extrema dos investidores, na crise financeira de 2001. A partir desse momento, novos mecanismos de acumulação foram criados para responder aos investidores, como a lógica da vigilância dos comportamentos que fundamenta a empresa Google (implementada entre 2001 e 2004), da mesma forma, como no século anterior, a General Motors perfez o capitalismo gerencial.

O capitalismo de vigilância não se confunde com as suas manifestações tecnológicas, como plataformas, algoritmos, máquinas inteligentes, pois o capitalismo de vigilância é a lógica que perpassa a tecnologia e comanda sua operação. Para elucidar a distinção, a manutenção da possibilidade de busca de histórias pessoais indefinidamente usando o Google como ferramenta, é uma escolha comercial e não um imperativo tecnológico, ou seja, do ponto de vista tecnológico há como impedir a busca de histórias pessoais quando a pessoa envolvida solicita isso à empresa (ZUBOFF, 2019, p. 8).

O conceito de “ciclo de reinvestimento de valor comportamental” é essencial para a compreensão do capitalismo de vigilância na rede social. Com efeito, todo valor criado pelos usuários da Google foi reinvestido na sua experiência, na forma de incremento da sua própria busca, uma

progressão denominada por Zuboff (2019, p. 11) de “ciclo de reinvestimento de valor comportamental”. Os dados dos usuários passaram a ser utilizados para compatibilizar anúncios mediante palavras-chave, o que é possível apenas por meio de dados comportamentais, combinados a capacidades analíticas. Esse uso de informação comportamental foi um ponto de virada histórico: se, no passado, os dados comportamentais eram descartados ou ignorados, eles foram redescobertos, na forma de um “superávit comportamental”, que consiste, segundo Zuboff (2019, p. 11), em uma reserva de dados que vai além do necessário para a melhora de produtos ou serviços.

O sucesso da Google em ajustar anúncios a páginas revelou o valor particular desse superávit comportamental como um meio de gerar rendimento. Tal operação inovadora tornou-se o elemento que demarcou a Google, porque expressa a “essência do seu negócio” (ZUBOFF, 2019, p. 12). Desse modo, a Google descobriu uma forma de transformar uma interação não comercial com seus usuários em um superávit de dados destinado a uma transação comercial para seus reais clientes, os anunciantes.

Essa experiência dos usuários é extraída online sem custos extras e com um custo baixo offline, obtendo um superávit que é a base na nova classe de troca mercadológica. Com efeito, o capitalismo de vigilância origina-se dessa operação de “desposseção digital”, ou seja, a captura da experiência humana em dados comportamentais. A desposseção digital é secreta, pois se objetiva proteger a operação, de modo que seja indetectável pelos usuários, na medida em que se retiram dados sem autorização e mediante recursos ilegítimos para se obter benefícios em proveito próprio (ZUBOFF, 2019, p. 14).

Desse modo, constata-se que a experiência humana é subjugada aos mecanismos de mercado do capitalismo de vigilância e capturada como “comportamento”. Essa captura da experiência humana que passa a ativo mercadológico é sem precedentes, igualmente, essa espécie de poder que emerge dos meios digitais do capitalismo de vigilância também é único na história. A reflexão sobre tal poder, segundo Zuboff, não deve recorrer a teorias e concepções conhecidas, como a de totalitarismo ou de “Grande Irmão”, no sentido de Orwell.

Assim, Zuboff propõe o conceito de instrumentalismo, definido como a instrumentalização ou instrumentatização do comportamento com a finalidade de modificação, previsão, monetização e controle. O instrumentalismo se entrelaça com a ideia de uma arquitetura global computacional, onipresente, racional, que monitora, computa, captura o comportamento humano. Esse poder instrumentalizante conforma uma engenharia do comportamento. Desse modo, não há “Grande Irmão” no instrumentalismo, mas um “Grande Outro”, que codifica o ponto de vista do “Outro” como uma presença penetrante, criando uma “tecnologia do comportamento” para a vida. A instrumentalização denota relações sociais que orientam a experiência humana, transformando-nos em meios para alcançar fins mercadológicos de outrem.

Com efeito, o poder do instrumentalismo é sem precedentes e pode redimensionar a sociedade, fazendo com que o totalitarismo pareça anárquico. Para Zuboff, o instrumentalismo é o oposto do totalitarismo, porquanto o capitalismo de vigilância não tem interesse em assassinar ou reformar nossas almas, para o instrumentalismo não há princípios, treinamento ou transformação para uma salvação espiritual, nenhuma ideologia para julgar nossas ações. O instrumentalismo é um projeto do mercado que converge com o digital de modo a alcançar sua própria marca de dominação social, operando sem violência por meio da modificação comportamental. A experiência humana é reduzida para ser mensurável, observável, por meio de sistemas complexos e impenetráveis. O “Grande Outro” se satisfaz em observar o que estamos fazendo e assegurar que com que nosso atuar seja acessível a suas operações de captura, cálculo, e monetização (ZUBOFF, 2019, p. 3-52).

Zuboff elabora novos conceitos que expandem a reflexão sobre como as empresas de TIC induzem comportamentos e comandam as sociedades contemporâneas. Ademais, propicia a compreensão de que o cerne da problemática não se encerra nas empresas de TIC, mas sim se localiza na nova forma de capitalismo, conseqüentemente, a tarefa dos Estados não se limita à regulamentação das empresas de TIC. O capitalismo de vigilância e a transformação do comportamento humano em valor de mercado, apto a gerar rendimento para os investidores dessas empresas, impõem a imperiosidade de intervenção estatal e das organizações interna-

cionais, com base no arcabouço teórico-normativo dos direitos humanos, particularmente do direito à privacidade, tópico subsequente.

3. DIREITO À PRIVACIDADE NO CONTEXTO DA REDE SOCIAL

A análise da rede social e das empresas de TIC sob a ótica do arcabouço teórico-normativo dos direitos humanos tem sido objeto de investigação de centros de pesquisa e de organizações internacionais. Neste estudo, a abordagem do direito à privacidade é desenvolvida com base nos documentos produzidos no âmbito do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (2014, online) e pelo Relator Especial sobre a promoção e a proteção do direito à liberdade de opinião e de expressão do Conselho de Direitos Humanos da ONU (CONSEJO DE DE-RECHOS HUMANOS, 2018, online). Quanto ao conceito de privacidade na era dos algoritmos, utiliza-se o formulado por Mai (2019, p. 95-116), pois sua elaboração e construto teórico se ajustam ao tema objeto deste artigo, o uso do sistema de algoritmos.

Bachelet, ocupante do cargo de Alto Comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos, em seu pronunciamento sobre o tema “Direitos Humanos na Era Digital”, afirma que a tecnologia digital pode gerar variados benefícios, notadamente para o desenvolvimento dos direitos humanos, ao empoderar e informar grupos vulneráveis, bem como ao conferir visibilidade a violações de direitos humanos (BACHELET, 2020, online).

Nesse sentido, a rede social pode promover o acesso à informação e facilitar debates globais, de modo a fomentar a democracia participativa (UNITED NATIONS, 2020, online). No entanto, o lado obscuro da rede social e sua potencialidade de causar grave danos aos indivíduos têm sido objeto dos Sistemas Internacionais de Direitos Humanos. Com efeito, o Comitê de Ministros do Conselho da Europa, desde 2003, emitiu mais de 50 recomendações e declarações, aplicando a perspectiva dos direitos humanos a temáticas ligadas à rede social, como big data, neutralidade da rede e intermediárias da internet; na mesma direção, o Conselho de Direi-

tos Humanos da ONU, a partir de 2012, adotou várias resoluções, reafirmando a proteção dos direitos humanos online.

Em 2015, foi instituído, no âmbito do mecanismo das Relatorias Temáticas do Conselho de Direitos Humanos da ONU, a Relatoria Especial sobre Privacidade (JØRGENSEN, 2019, p. xxv). Particularmente, sobre o direito à privacidade, em dezembro de 2013, a Assembleia Geral da ONU adotou a resolução 68/167 (UNITED NATIONS, 2020, online), proposta por 57 Estados, na qual expressa sua profunda preocupação com o impacto negativo da vigilância e interceptação de comunicações nos direitos humanos.

Na resolução citada, a Assembleia Geral da ONU exorta os Estados a respeitar e proteger o direito à privacidade, incluído o contexto da comunicação digital. Para tanto, os Estados devem adimplir suas obrigações em direitos humanos, notadamente a de rever seus processos, práticas e legislação quanto à vigilância das comunicações, sua interceptação e a coleta de dados pessoais, inclusos quando operadas em larga escala. Em consentâneo com essa deliberação da Assembleia Geral da ONU, foi produzido o Relatório “Direitos Humanos na Era Digital, no âmbito do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (UNITED NATIONS, 2020, online).

Na esfera do Direito Internacional dos Direitos Humanos, o direito de não ser submetido à interferência arbitrária ou ilegal em sua vida privada encontra-se disposto em diversos tratados adotados nos Sistema ONU de Direitos Humanos, no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, no Sistema Europeu de Direitos Humanos e no Sistema Africano de Direitos Humanos. Na esfera da ONU, a Declaração Universal dos Direitos Humanos estabelece em seu artigo 12º que “Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito à proteção da lei” (NAÇÕES UNIDAS, 2020, online).

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, ratificado por 167 Estados, prevê em seu artigo 17: “Ninguém poderá ser objeto de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais

às suas honra e reputação. 2. Toda pessoa terá direito à proteção da lei contra essas ingerências ou ofensas” (BRASIL, 2020). Desse modo, há um consenso universal de que a privacidade das pessoas é um valor a ser assegurado pelos Estados por meio de normativas e políticas (UNITED NATIONS, 2014, online).

Particularmente, o Relatório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos pontua que as medidas de vigilância não devem arbitrária ou ilegalmente interferir na privacidade individual, conseqüentemente, os Estados devem adotar medidas específicas para assegurar a proteção legal contra essa interferência. Ademais, o foco no controle da coleta e retenção de dados pessoais não é suficiente atualmente para a proteção da privacidade da pessoa, pois a big data propicia um uso inigualável de dados pessoais.

Assim, sob a perspectiva do direito à privacidade, a agregação de informação referida como “metadados” permite a interferência no comportamento individual, nas relações sociais, nas preferências privadas e na identidade, o que vai muito além do que comumente se entendeu como comunicação privada. A partir da compreensão dos metadados, o Relatório aponta que essa alteração do uso de dados impõe a reforma de políticas e práticas para assegurar uma forte proteção da privacidade. Disso se infere que qualquer captação de comunicação de dados potencialmente consiste em uma interferência na privacidade e que a existência de programas de vigilância em massa cria uma interferência na privacidade (UNITED NATIONS, 2014, online).

Passando-se ao conceito de privacidade na era dos algoritmos, com base nos estudos de Mai, verifica-se que, comumente, esta é concebida como a habilidade ou o direito de controlar sua informação pessoal. A privacidade se subdivide em duas abordagens: a) a abordagem do acesso – a privacidade é sobre a habilidade de limitar e restringir a outros de acessar a informação sobre si mesmo; b) abordagem do controle – a privacidade é o controle da informação pessoal. Essas noções se traduzem na ideia de que a privacidade é a proteção da informação pessoal e de que o direito à privacidade seria o direito de propriedade das informações pessoais.

Nissenbaum (2019, p. 95-116) critica a abordagem do controle, pois se ancora na distinção entre a esfera pública e a esfera privada e

na habilidade de dominar a localização da informação. Para Nissenbaum (2019, p. 95-116), o cerne da privacidade se dá no contexto, ou seja, as normas sociais definem se determinada informação pertence à esfera pública ou à esfera privada. Nessa linha, conforme Mai, o uso e a produção de informação em ambientes digitais turvam a diferenciação entre informação sobre indivíduos – informação pessoal – e informação sobre qualquer outra coisa. Caso se mantenha essa distinção, pouquíssimas informações no ambiente digital não seriam pessoais.

Na era do algoritmo, a maior parte das informações pode ser usada para a construção de perfis pessoais e a distinção citada, entre informação pessoal e informação em geral, torna-se cada vez menos demarcada. Até mesmo porque grande quantidade de informação casual e informal pode ser usada por meio da criação dos algoritmos para a construção de perfis de dados pessoais. Em razão de tais fatores, Mai (2019, p. 95-116) propõe a abordagem contextual da privacidade, ou seja, que seja considerada a partir do entendimento de que a informação capturada no sistema de algoritmos e nos perfis pessoais deve ser considerada no contexto de “origem, propósito, e efeitos do processo socialmente situado de busca e categorização”.

Quanto ao outro aspecto da privacidade na era dos algoritmos, segundo Mai (2019, p. 95-116), a informação deve ser entendida como signos no processo comunicativo. Assim, a informação pessoal seria “algo sobre algo” e o ponto central para a sua demarcação pessoal seria o contexto ou a situação em que seus significados são produzidos.

Em síntese, sustenta-se que o direito à privacidade na era digital há que ser reconfigurado com base na abordagem contextual de informação pessoal. A privacidade na era dos algoritmos há que ser entendida não como controle que se tem sobre seus dados pessoais, mas sim como a regulação/controlado sobre o uso contextual que se faz de tais dados. Para exemplificar, Mai narra o caso de Shannon, profissional de carreira na faixa dos quarenta anos, que realizou uma busca na rede social sobre Taylor Swift e a partir daí começou a ser alvo de anúncios no Facebook de produtos para jovens. Provavelmente, os algoritmos do Facebook reconsideraram sua idade tendo como base a informação sobre Taylor Swift e assumiram que ela era mais jovem do que realmente era.

Considerando esse exemplo, Mai chama atenção para o fato de que a informação pessoal de Shannon colhida pelo sistema de algoritmos interessa menos para a proteção da privacidade do que o uso que se fez dela, ou seja, conjunto de informações que as empresas produziram a partir da informação pessoal de Shannon. Os usuários da rede social não têm controle sobre essas novas informações que são produzidas sobre eles e, na maior parte das vezes, não possuem nem mesmo conhecimento sobre elas. Ademais, a informação dada por Shannon desencadeia uma nova “economia de dados pessoais” que alimenta o capitalismo de vigilância.

Além disso, Mai aponta que o conceito de informação para fins de proteção do direito à privacidade há que ser o de signo ou de “algo sobre algo”, implicando a ideia de que algo é sabido sobre alguém e como podemos agir em tal circunstância, apartando-se da noção reificada de informação, como algo objetivo que pode ser controlado pelo usuário. Desse modo, a informação torna-se menos central para a privacidade, porquanto não se tem controle sobre sua interpretação e a produção de significado dela derivado. Conseqüentemente, a regulação e o controle devem recair sobre o contexto/situação no qual esse significado é produzido: o uso dos dados.

No sistema de algoritmos, quando um usuário interage com uma plataforma digital e busca sobre Taylor Swift, um hotel na França ou websites de meditação, ele produz dados, que podem ser utilizados para inferir informações sobre ele, tais como sua idade, religião, partido político e profissão (MAI, 2019, p. 95-116). Portanto, a inteligência artificial pode ser utilizada para produzir categorizações de pessoas, objetos e lugares que não são neutras, por exemplo, ao se categorizar o apreciador de Taylor Swift como jovem, mulher e outras, se estão criando significados para o mundo digital que se espraiam pelo analógico, não desprovidos de preconceitos, ideologias, e, além disso, se está moldando o comportamento das pessoas sem que elas percebam. Essa questão será objeto do item seguinte, no qual será abordado o sistema de algoritmos e seu impacto na privacidade.

4. O USO DO SISTEMA DE ALGORITMOS PELAS EMPRESAS DE TIC NA REDE SOCIAL SOB A ÓTICA DO DIREITO À PRIVACIDADE

Nota-se uma preocupação crescente com o sistema de algoritmos e seu impacto negativo sobre os direitos humanos. Neste artigo, trata-se da temática com base no documento produzido pelo Conselho da Europa (2020, online), bem como nas investigações levadas pelos projetos de pesquisa da Universidade de Cambridge (2020, online), “Direitos Humanos e Mídia Social” e o da Universidade de Essex, “Direitos Humanos, Big Data e Tecnologia” (2020, online). O sistema de algoritmos e suas consequências na esfera dos direitos humanos vêm sendo alvo de manifestações públicas e de reflexões.

Com efeito, Bachelet chamou a atenção para os posts no Facebook endereçados à comunidade Rohingya em Myanmar, no processo de assassinato e estupro em massa ocorrido em 2017. Os investigadores de direitos humanos identificaram que o Facebook e seu sistema de algoritmo contribuíram para que se espalhassem o discurso do ódio e o incitamento da violência (BACHELET, 2020, online). O mesmo Facebook foi criticado por ser enviesado na produção de conteúdo por meio dos algoritmos (UNIVERSITY OF CAMBRIDGE, 2020, online).

A Microsoft criou um robô no Twitter, chamado de “Tay”, para conversar com jovens, respondendo às suas demandas; em algumas horas, suas mensagens passaram a ser racistas, sexistas e negacionistas do Holocausto, pois seus tweets foram baseados em algoritmos que “aprenderam” como responder a partir dos outros tweets (RAINIE, 2017, p. 30-31). Por outro lado, os algoritmos podem ser empregados para desempenhar tarefas, otimizando o tempo gasto na sua execução (RAINIE, 2017, p. 30-31), assim como permitir o desenvolvimento de inovações sociais benéficas (EUROPEAN COUNCIL, 2020, online).

Os algoritmos são programas que controlam a lógica e a apresentação de plataformas e serviços digitais, constituem-se em uma tecnologia de comunicação (BECHMANN, 2019, p. 73-93). O sistema de algoritmos é estruturado sob as bases de processos de decisão tomados por sistemas automatizados. Flyverbon e Whelan apontam que não obstante humanos fazerem parte da montagem, que desenha, executa e ajusta os algoritmos,

esses habilitam os computadores a realizarem decisões. Com efeito, realidades algorítmicamente informadas podem ser entendidas como as menos centradas no ser humano das realidades informadas até aqui identificadas. Em termos de dados, as realidades informadas pelos algoritmos são constituídas pelos traços deixados pelas pessoas e objetos que interagem com tecnologias digitais. Cada clique, busca ou curtida em uma plataforma da rede social, cada produto comprado online e movimento de GPS pode ser digitalmente registrado e vigiado. Esses traços digitais combinados com outros recursos, como livros, pinturas, mapas, vídeos – provêm uma inimaginável quantidade de dados que apenas podem ser analisados com a ajuda das máquinas (FLYVERBOM; WHELAN, 2019, p. 52-72).

Desse modo, os algoritmos apenas podem prever padrões e interpretar dados a partir dos dados já coletados – “*training data*”. Estudos e incidentes demonstram que a *training data* é histórica, cultural e contextualmente enviesada. Para se gerar a *training data*, desenvolvedores e pesquisadores fazem uso de dados pretéritos, dessa forma, a *training data* perpetua construções associadas a significados que podem reforçar vieses históricos (BECHMANN, 2019, p. 73-93).

O cerne do processo que permite às empresas de TIC na rede social obterem lucro está na modificação comportamental (LANIER, 2018, p. 11), tal como apontado por Zuboff, já referido neste artigo. Pesquisas demonstraram que o Facebook utilizou as palavras-chave “casamento” e “parabéns” para direcionar anúncios de produtos para bebês (UNIVERSITY OF CAMBRIDGE, 2020, online). A estratégia do sistema de algoritmos é formulada de modo a incrementar a capacidade da empresa de TIC de vender anúncios. Por exemplo, o algoritmo do YouTube seleciona estatisticamente, baseado numa análise incredivelmente sofisticada, o próximo vídeo a ser assistido de forma que assegure a permanência do usuário na plataforma.

Segundo Chaslot, especialista em inteligência artificial, os algoritmos se guiam pela permanência do usuário, o que assegura maior probabilidade de assistir aos anúncios (BARTLETT, 2018, p. 61). Desse modo, os algoritmos usados na tomada de decisão dos usuários da rede social não são ferramentas objetivas que simplesmente processam dados,

ao revés, priorizam certos valores em detrimento de outros (EUROPEAN COUNCIL, 2019, online). Eles são em sua essência políticos e normativos, são fenômenos culturais com consequências impensadas para as sociedades contemporâneas. Sabe-se que uma das consequências é a transformação dos dados pessoais em commodities, o que é grave para o direito à privacidade (BECHMANN 2019, p. 73-93).

Além da problemática em torno do lucro obtido com os anúncios, o sistema de algoritmo não apenas monitora e categoriza, mas também modifica comportamentos, influencia o processo de tomada de decisão e cria bolhas nas quais as tendências e vieses de cada um é reafirmada pela escolha dos algoritmos, constituindo um “ciclo de autoperpetuação” (BARTLETT, 2018, p. 61). Nesse sentido, os filtros dos algoritmos permitem a criação de câmeras de ressonância e divisão digital (BECHMANN 2019, p. 73-93). Harari (2018, p. 72) lança luz sobre a problemática em torno dos algoritmos e afirma que “em breve a autoridade pode mudar novamente – dos humanos para os algoritmos”. Ainda, pontua que:

Quando tiver navegando na internet, assistindo a vídeos no Youtube ou lendo mensagens nas suas redes sociais, os algoritmos vão discretamente monitorá-lo, analisa-lo e dizer à Coca-Cola que, se ela quiser lhe vender alguma bebida, melhor seria usar o anúncio com o sujeito sem camisa, e não o da garota sem camisa. Você nem vai saber. Mas eles saberão, e essa informação valerá bilhões. (HARARI, 2018, p. 77).

O sistema de algoritmo tem o potencial de influenciar diretamente o processo de tomada de decisão e, conseqüentemente, violar uma série de direitos humanos (MCGREGOR; MURRAY, 2019, p. 309-343). Por exemplo, o sistema de algoritmo pode informar “de quais filmes vistos anteriormente cada de um de vocês gostou e, com base nessa imensa base de dados estatísticos o algoritmo pode encontrar o filme perfeito” (HARARI, 2018, p. 77). A tomada de decisão pode envolver assuntos triviais ou a escolha do Presidente de seu país.

Quanto à escolha de Presidente, o notório caso da Cambridge Analytica, que construiu um banco de dados com 5.000 pontos de dados de mais de 230 milhões de americanos. Esses dados foram adquiridos de

eventos comerciais realizados pelos usuários nas redes sociais – como compra de automóveis, busca de sites e registros de renda; bem como foram obtidos mediante o Facebook e pesquisas telefônicas (BARTLETT, 2018, p. 6). Os algoritmos afetam as escolhas de seus usuários em diversos campos, como nos cuidados em saúde, educacional, e, inclusive, escolhas de caráter político (BECHMANN, 2019, p. 73-93).

Os algoritmos analisam aquilo que os usuários da rede social fazem online, buscando por palavras específicas nas plataformas, como Google e Gmail. Essa informação pode ser vendida para os anunciantes, modelar o comportamento e as experiências sociais, assim como ser sujeita à vigilância. Nesse sentido, as capacidades preditivas dos algoritmos abrem uma janela para seu emprego como meios de controle de comportamentos (FLYVERBOM; WHELAN, 2019, p. 52-72).

Os algoritmos se baseiam na correlação e não no efeito causal entre *outputs* em nível populacional ou de grupo. Sendo assim, o comportamento do indivíduo moldado ou influenciado pelos algoritmos se fundamenta em categorizações que o consideram no interior do grupo segundo fatores predeterminantes – estereótipos que os objetificam (MCGREGOR, 2018, p. 1079-1085).

A literatura sobre “algoritmo *accountability*” questiona se, e como, os algoritmos podem ser tornados mais transparentes e passíveis de compreensão, com o intuito de facilitar sua *accountability* quando seu uso causar efeitos adversos para os direitos humanos e outros tipos de danos sociais (MCGREGOR, 2018, p. 1079-1085). O sistema de algoritmos na rede social associado à coleta, análise, tomada de decisão, otimização e *machine learning* levantam questões preocupantes relacionadas a uma série de direitos humanos. Porém, no recorte deste estudo, tem-se como foco o direito à privacidade, ao considerar que o sistema de algoritmos, como exposto, pode invadir a privacidade individual e incrementar potencialmente a manipulação pessoal (EUROPEAN COUNCIL, 2020, online) e a modificação de comportamentos.

Nesse sentido, o Conselho da Europa se ocupou da temática ao publicar as recomendações do Comitê de Especialistas sobre dimensões dos direitos humanos do processo automatizado de dados e diferentes formas de inteligência artificial sobre os impactos dos algoritmos sobre

os direitos humanos. Conforme essas Recomendações e o Direito Internacional dos Direitos Humanos, a inovação tecnológica há que respeitar e promover os direitos humanos, mesmo as empresas de TIC detêm obrigações decorrentes das normativas de direitos humanos, conforme o *Guiding Principles on Business and Human Rights*, adotado pela ONU em 2011 (UNITED NATIONS, 2020, online).

Com efeito, as empresas detêm obrigações no campo dos direitos humanos, tais como a de devida diligência e a de não causar ou contribuir para abusos em direitos humanos. Igualmente, as empresas devem assegurar que os indivíduos afetados por seus algoritmos com impactos para seus direitos humanos sejam informados acerca da natureza e da funcionalidade do sistema de algoritmos e empoderados com a possibilidade de revogar seu consentimento. No que tange aos Estados, cabe-lhes rever sua legislação e políticas, bem como suas práticas, acerca do desenho, desenvolvimento e implantação dos sistemas de algoritmos. Ainda, devem adotar regulações para promover ambientes nos quais todos os atores respeitem e promovam os direitos humanos e que garantam a compatibilidade entre o desenho, o desenvolvimento e a implantação dos sistemas de algoritmos com os direitos humanos, bem como assegurar que indivíduos e grupos estejam cientes de seus direitos e de como usar a tecnologia digital em seu benefício.

No mesmo sentido, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (2019, online), ao tratar do tema, assinalou que as atividades das empresas de TIC podem acarretar ameaças para diversos direitos humanos, em consequência, apontou que devem organizar seus serviços e atividades de forma que não infrinjam os parâmetros do marco dos direitos humanos. A Comissão expõe sua preocupação com a possibilidade da big data de vulnerar os direitos humanos, particularmente a intimidade, a proteção de dados e a possibilidade de discriminação contra certos grupos por falta de transparência nos algoritmos empregados para a análise de dados.

Naughton utiliza a expressão “tirania dos algoritmos” para expressar o controle que esse sistema tem sobre a vida de bilhões de pessoas (UNIVERSITY OF CAMBRIDGE, 2020, online). Embora não seja o foco deste artigo, reconhece-se que um dos pontos mais críticos do sistema

de algoritmos seja o fato de ser uma tecnologia do capitalismo de vigilância. Com efeito, tal sistema opera como um poder centralizado na mão de reduzidas empresas, permitindo o controle e a imposição de valores.

Assim, estudos apontam que os algoritmos codificam certos tipos de valores, a partir da forma como classificam, reúnem e selecionam dados com certo propósito (BECHMANN 2019, p. 73-93). Quanto ao direito à privacidade, importante sublinhar que o processamento de dados e o seu controle pelo sistema de algoritmos não se restringe aos dados pessoais. Portanto, esforços dos indivíduos e grupos em fazer suas atividades ilegíveis pela automação e outras formas de manipulação devem ser reconhecidos como um legítimo exercício da sua autodeterminação informacional (EUROPEAN COUNCIL, 2020, online).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O sistema de algoritmos e seus impactos sobre os direitos humanos ainda são discussões distanciadas do mundo acadêmico brasileiro e da vida das pessoas, em geral. Grande massa de brasileiros faz uso da rede social e isso aponta que esse assunto é de extrema relevância para se protegerem valores sociais nodais, tais como os da tolerância, democracia, verdade e autonomia. Constata-se que, mesmo em outros países e continentes, o debate acerca da repercussão sobre a vigilância e a modulação de comportamentos ainda se encontra em fase inicial, notadamente em face da ausência de regulação sólida em algumas partes do globo, em relação a empresas de TIC que comandam a rede social. Sabe-se que o poderio econômico e simbólico dessas empresas é sem precedentes. Sua capacidade de coleta de dados pessoais e de empregá-los na modificação de comportamentos é um desafio para todos os atores sociais, pesquisadores, agente estatais e ativistas de direitos humanos.

Este estudo objetivou trazer à tona esse preocupante quadro, com o intuito de propiciar a reflexão sobre como os usuários da rede social não estão cientes do sistema de algoritmos, nem do seu impacto sobre seu direito à privacidade. Além disso, registra-se o esforço que atores do campo dos direitos humanos vêm empreendendo, com o intuito de estimular a re-

gulação do uso de algoritmos e a necessidade de que se lhe confira transparência. Por fim, destaca-se a dificuldade metodológica do objeto deste estudo, porquanto sua complexidade e novidade implicam uma abordagem interdisciplinar, ou seja, a conjugação de esforços de pesquisadores de distintas áreas do conhecimento, notadamente do campo computacional e sociológico.

Ademais, é importante tornar a operacionalidade da inteligência artificial mais acessível para a sociedade, pois a transparência do seu uso pelas empresas de TIC é nodal para sua *accountability*. Embora esta pesquisa tenha sustentado que a regulação com base no arcabouço dos direitos humanos do uso de algoritmos pelas empresas de TIC na rede social seja fundamental, sem a existência de movimentos da sociedade civil nessa direção, refrear o poderio econômico e social das empresas de TIC não será uma realidade.

REFERÊNCIAS

BACHELET, Michele. *Human rights in the digital age – Can they make a difference?* Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25158&LangID=E>. Acesso em: 2 abr. 2020.

BARTLETT, Jamie. *The People Vs Tech*. London: Ebury, 2018.

BECHMANN, Anja. Data as Humans: Representation, Accountability and Equality in Big Data. In: JØRGENSEN, Rikke Frank (ed.). *Human Rights in the Age of Plataforms*. Cambridge: MIT Press, 2019. p. 73-93.

BERMEJO, Fernando. Online Advertising as a Shaper of Public Communication. In: JØRGENSEN, Rikke Frank (ed.). *Human Rights in the Age of Plataforms*. Cambridge: MIT Press, 2019. p. 119-136.

BRASIL. Decreto nº 596, de 6 de julho de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 2 abr. 2020.

COMISSION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Derechos Humanos y Empresas: estándares interamericanos*. 2019. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Documents/EmpresasDDHH.pdf>. Acesso em: 2 abr. 2020.

CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. *Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión*. A/HRC/38/35. 2018. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G18/096/75/PDF/G1809675.pdf?OpenElement>. Acesso em: 2 abr. 2020, p. 4.

DONEDA, Danilo Cesar Maganhoto; MENDES, Laura Schertel; SOUZA, Carlos Affonso Pereira; ANDRADE, Norberto Nuno Martin Bezerra Gomes. Considerações iniciais sobre inteligência artificial, ética e autonomia pessoal. *Pensar*, Fortaleza, v. 23, n. 4, p. 1-17, out./dez. 2018.

ESSEX UNIVERITY'S HUMAN RIGHTS CENTRE. *The Human Rights, Big Data and Technology Project*. Disponível em: <https://www.hrbdt.ac.uk/>. Acesso em: 2 abr. 2020.

EUROPEAN COUNCIL. *Addressing the impacts of Algorithms on Human Rights*. 2019. Disponível em: <https://rm.coe.int/draft-recommendation-of-the-committee-of-ministers-to-states-on-the-hu/168095eecf>. Acesso em: 2 abr. 2020.

EUROPEAN COUNCIL. *Recommendation CM/Rec (2020)1 of the Committee of Ministers to member States on the human rights impacts of algorithmic systems (Adopted by the Committee of Ministers on 8 April 2020 at the 1373rd meeting of the Ministers' Deputies)*. Disponível em: https://search.coe.int/cm/pages/result_details.aspx?objectid=09000016809e1154. Acesso em: 9 abr. 2020.

FLYVERBOM, Mikkel; WHELAN, Glen. Digital Transformation, Informed Realities, and Human Conduct. In: JØRGENSEN, Rikke Frank (ed.). *Human Rights in the Age of Plataforms*. Cambridge: MIT Press, 2019. p. 52-72.

HARARI, Yuval Noah. *21 Lições para o século 21*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

JØRGENSEN, Rikke. Introduction. In: JØRGENSEN, Rikke Frank (ed.). *Human Rights in the Age of Plataforms*. Cambridge: MIT Press, 2019. p. xviii-xxxviii.

LANIER, Jaron. *Ten arguments for deleting your social media accounts*. New York: Picadir, 2018.

MAI, Jens-Erik. Situating Personal Information: Privacy in the Algorithmic Age. In: JØRGENSEN, Rikke Frank (ed.). *Human Rights in the Age of Plataforms*. Cambridge: MIT Press, 2019. p. 95-116.

MCGREGOR, Lorna. Accountability for Governance Choices in Artificial Intelligence: Afterword to Eyal Benvenisti's Foreword. *The European Journal of International Law*, v. 29, n. 4, p. 1079-1085.

MCGREGOR, Lorna; MURRAY, Daragh; NG, Vivian. International Human Rights Law as a Framework for Algorithmic Accountability. *International & Comparative Law Quarterly*, v. 68, n. 2, april 2019, p. 309-343.

MCPERSHON, Ella. Social Media and Human Rights Advocacy. In: TUMBER, Howard; WAISBOR, Silvio (eds.). *The Routledge Companion to Media and Human Rights*. New York: Routledge, 2017. p. 230-245.

NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>. Acesso em: 2 abr. 2020.

NISSENBAUM, Helen apud MAI, Jens-Erik. Situating Personal Information: Privacy in the Algorithmic Age. In: JØRGENSEN, Rikke Frank (ed.). *Human Rights in the Age of Plataforms*. Cambridge: MIT Press, 2019. p. 95-116.

RAINIE, L.; ANDERSON, J. Code-Dependent: Pros and Cons of the Algorithm Age. *Pew Research Center*, February 2017 p. 30-31. <https://www.pewresearch.org/internet/2017/02/08/code-dependent-pros-and-cons-of-the-algorithm-age/>. Acesso em: 2 abr. 2020.

REPORT of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights. The right to privacy in the digital age. A/HRC/27/37. 2014. Disponível em: https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session27/Documents/A.HRC.27.37_en.pdf. Acesso em: 2 abr. 2020.

UNITED NATIONS. *Guiding Principles on Business and Human Rights*. Disponível em: https://www.ohchr.org/documents/publications/guiding-principlesbusinesshr_en.pdf. Acesso em: 2 abr. 2020.

UNITED NATIONS. *Resolution adopted by the General Assembly on 18 December 2013, [on the report of the Third Committee (A/68/456/Add.2)] 68/167*. The right to privacy in the digital age. Disponível em: <https://undocs.org/A/RES/68/167>. Acesso em: 2 abr. 2020.

UNIVERSITY OF CAMBRIDGE. *A tyranny of algorithms': R(w)SM guest blogger Richard Dent responds to Joss Hands' talk*. Disponível em: <https://www.smhr.sociology.cam.ac.uk/blog/RwSMHandsDent>. Acesso em: 2 abr. 2020.

UNIVERSITY OF CAMBRIDGE. *Social Media and Human Rights*. Disponível em: <https://www.smhr.sociology.cam.ac.uk/>. Acesso em: 2 abr. 2020.

YORK, Jillian C.; ZUCKERMAN, Ethan. Moderating the Public Sphere. In: JØRGENSEN, Rikke Frank (ed.). *Human Rights in the Age of Platforms*. Cambridge: MIT Press, 2019. p. 119-37-161.

ZUBOFF, Shoshana. "We Make Them Dance": Surveillance Capitalism, the Rise of Instrumentarian Power, and the Threat to Human Rights. In: JØRGENSEN, Rikke Frank (ed.). *Human Rights in the Age of Platforms*. Cambridge: MIT Press, 2019. p. 3-52.

Capítulo III

SEGURANÇA JURÍDICA SUBSTANCIAL EXPLICITADA PELA FENOMENOLOGIA HERMENÊUTICA E PELA LÓGICA: COMO UMA DECISÃO JUDICIAL PODE VIOLAR O PRINCÍPIO SOB AS DUAS PERSPECTIVAS

PABLO MALHEIROS DA CUNHA FROTA

ANDRÉ LUIZ ARNT RAMOS

Resumo: A fenomenologia hermenêutica e as lógicas contemporâneas (não monotônicas e receptivas à noção de derrotabilidade) oferecem ferramenta decisiva para o delineamento de uma concepção substancial de segurança jurídica, cunhada ao (an)verso do esfacelamento da unidade texto-norma. Com isso, conferem suporte teórico-prático para o escrutínio, o controle e a crítica de decisões judiciais, em rechaço ao decisionismo e prestígio à segurança *no* Direito (substancial), para além da segurança *do* Direito (formal). A demonstração de como esses vieses desempenham esta função, especificamente por meio de crítica ao acórdão pelo qual o Superior Tribunal de Justiça (STJ) julgou o Recurso Especial nº 1.658.069, é o propósito deste trabalho. Esta decisão relativizou o disposto no art. 649, IV, do Código de Processo Civil de 1973 (CPC/73) e autorizou a penhora de salário do devedor para o pagamento de dívida de natureza não alimentar, ao argumento de preservação do suficiente para garantir a sua subsistência digna e a de sua família. Objetivou-se, destarte, refletir acerca dos fundamentos que viabilizam a hipótese acima, demonstrando como aquela decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) feriu a segurança jurídica substancial. O enfrentamento do problema e a formulação da hipótese de trabalho operaram por intermédio de metodologia e procedimento de abordagem desenhados em vertentes jurídico-teórica e prática. O raciocínio apresentado, por seu turno, é de natureza hermenêutico-dialógica, e busca adensar os sentidos emanados das variadas formas de expressão do Direito e que fundam os institutos jurídicos a partir dos

imperativos da historicidade não linear. Nessa senda, o método utilizado neste artigo é o fenomenológico-hermenêutico. Utilizou-se a Metodologia de Análise de Decisões (MAD) para estudar o julgado do STJ. Concluiu-se que seja pela hermenêutica jurídica ou pela lógica não monotônica, o julgado do STJ feriu o princípio da segurança jurídica, resultando em mais um exemplo de decisionismo judicativo no Brasil.

Palavras-chave: Segurança jurídica substancial. Hermenêutica-fenomenológica. Derrotabilidade. Decisionismo.

1. INTRODUÇÃO

O presente texto tem como premissa a indispensável relação existente, que deve ser mantida e intensificada, entre a literatura jurídica e as decisões judiciais,¹ baseada na perspectiva de empatia, de uma abertura fundamental ao diálogo, aspecto fundante da hermenêutica jurídica apresentada neste texto. O sentido² de diálogo é aquele extraído da lição de Edgar Morin (2010, p. 300-301):

Dialógica

Unidade complexa entre duas lógicas, entidades ou instâncias complementares, concorrentes e antagonicas, que se alimentam uma da outra, se completam, mas também se opõem e combatem. Distingue-se da dialética hegeliana. Em Hegel, as contradições encontram uma solução, superam-se e suprimem-se numa unidade superior. Na dialógica, os antagonismos persistem e são constitutivos das entidades ou dos fenômenos complexos.³ É convidar

¹ A título de exemplo, no Direito Privado, cita-se a bela obra organizada por F. Tartuce, Professor, Advogado e Autor de obras, artigos e pareceres jurídicos, e por L. F. Salomão, Ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Autor de obras, artigos e pareceres jurídicos, qual seja: SALOMÃO, L. F.; TARTUCE, F. (2018).

² Significado indica “as potenciais compreensões que se pode obter quando uma palavra é considerada abstratamente, ou o conjunto de sentidos plausíveis de uma palavra; já <<sentido>> é o uso concreto de um significado. Ou seja, entende-se por <<sentido>> o significado adicionado do contexto do uso da palavra” (SGARBI, A. 2013, p. 31).

³ A ideia de complexo também pode ser vista assim: “pluralidade de níveis interconectados, sem que nenhum deles possa ser considerado, *a priori*, como determinante dos demais. (...) diz respeito a uma unidade indissolúvel de interações que jamais será reduzida à simplicidade. (...) é o que nega o determinismo da ordem absoluta e a separação elementar dos entes. Não se trata nem da parte nem do todo, mas da série de conexões produzidas no sistema de tal modo que parte e todo se influenciam reciprocamente, gerando uma auto-organização própria e carregada de devir” (CUNHA, 2006, p. 230-231).

a pensar-se na complexidade. Não é dar a receita que fecharia o real numa caixa; é fortalecer-nos na luta contra a doença do intelecto – o idealismo –, que crê que o real se pode deixar fechar na ideia e que acaba por considerar o mapa como o território, e contra a doença degenerativa da racionalidade, que é a racionalização, a qual crê que o real se pode esgotar num sistema coerente de ideias.

Nessa linha, a presente reflexão indaga se a hermenêutica-fenomenológica e a lógica jurídica, apesar de suas notáveis diferenças, trazem fundamentos para a construção de sentido do instituto da segurança jurídica⁴ substancial,⁵ que sirva de parâmetro para uma compreensão crítica⁶ das decisões judiciais. E formula a hipótese de que a resposta é afirmativa, a qual é testada pela via da análise crítica da decisão tomada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), nos autos do Recurso Especial nº 1.658.069. Eis ementa do julgado:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. PENHORADE PERCENTUAL DE SALÁRIO. RELATIVIZAÇÃO DA REGRA DE IMPENHORABILIDADE. POSSIBILIDADE.

1. Ação ajuizada em 25/05/2015. Recurso especial concluso ao gabinete em 25/08/2016. Julgamento: CPC/73.
2. O propósito recursal é definir se, na hipótese, é possível a penhora de 30% (trinta por cento) do salário do recorrente para o pagamento de dívida de natureza não alimentar.
3. Em situações excepcionais, admite-se a relativização da regra de impenhorabilidade das verbas salariais prevista no art. 649, IV, do CPC/73, a fim de a ação do devedor para a satisfação do crédito não alimentar, preservando-se o suficiente para garantir a sua subsistência digna e a de sua família. Precedentes.

⁴ Sobre tema existe um importante livro no Brasil no âmbito do Direito Tributário: ÁVILA, H., 2011.

⁵ Sobre o tema, seja facultado remeter a ARNT RAMOS, A. L., 2018.

⁶ O sentido de crítica, positiva ou negativa, para esta reflexão não está necessariamente vinculado a uma específica linha teórica da Escola de Frankfurt, em seus vários vieses, embora deles se possam apreender ensinamentos deveras importantes, mas sim a uma perspectiva de testabilidade do sentido atribuído aos institutos jurídicos pelos intérpretes, operadores do direito e (ou) juristas, por meio das instituições (ou não) e a sua adequabilidade àquilo que se encontra na multiplicidade do real, rejeitando-se dogmas e pensando o Direito como problema (Cf. SANTOS COELHO, N. N. M., 2012).

4. Na espécie, em tendo a Corte local expressamente reconhecido que a constrição de percentual de salário do recorrente não comprometeria a sua subsistência digna, inviável mostra-se a alteração do julgado, uma vez que, para tal mister, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, inviável a esta Corte em virtude do óbice da Súmula 7/STJ.
5. Recurso especial conhecido e não provido.

Justifica-se essa reflexão sobre a ideia de segurança jurídica substancial para se obter uma resposta intersubjetiva válida (STRECK, 2014, p. 260) para o caso decidendo. Nessa senda, esse raciocínio *hermenêutico-dialógico* permite demonstrar como se justifica a crítica⁷ ao referido julgado no Direito contemporâneo.

Nesta empreitada, utilizar-se-á o procedimento monográfico como metodologia de procedimento, com a análise da literatura jurídica e de outras áreas do saber. A metodologia de abordagem se baseará em uma linha crítico-metodológica, lastreada em uma teoria crítica da realidade que compreende o Direito como problema e como uma “rede complexa de linguagens e de significados” (GUSTIN, 2013, p. 21).

Posta no contexto específico do estudo do Direito, pode-se pensar a temática apresentada para este texto em uma vertente jurídico-teórica, não olvidando o desenvolvimento de sua repercussão prática, como se exige de qualquer investigação no campo das disciplinas sociais aplicadas.

Por isso, o raciocínio apostado será de natureza hermenêutico-dialógico (STRECK, 2014, p. 260), buscando adensar (FREITAS FILHO; LIMA, 2010) os sentidos emanados das variadas formas de expressão do Direito e que amparam os institutos jurídicos a partir dos imperativos da historicidade não linear. Aliado à metodologia retrocitada, utilizar-se-á o método fenomenológico-hermenêutico para se atribuir sentido ao significante segurança jurídica substancial. Assim:

O método fenomenológico, pelo qual se reconstrói o problema jurídico a partir de sua história institucional, para, ao final, permitir que ele apareça na sua verdadeira face. O Direito é um fenômeno que se mostra na sua concretude, mas sua compreensão somente

⁷ Fundamentos teóricos são extraídos do diálogo das ideias advindas das construções de Streck (20170) e Fachin (2012). In: FACHIN (2008, p. 11-20).

se dá linguisticamente. Por isso, compreender o fenômeno jurídico significa compreendê-lo a partir de sua reconstrução. Não existem várias realidades; o que existe são diferentes visões sobre a realidade. Isto quer dizer que não existem apenas relatos ou narrativas sobre o Direito. Existem, sim, amplas possibilidades de dizê-lo de forma coerente e consistente.

Assim, cada caso jurídico concreto pode ter diferentes interpretações. Mas isso não quer dizer que dele e sobre ele se possam fazer quaisquer interpretações. Fosse isso verdadeiro poder-se-ia dizer que Nietzsche tinha razão quando afirmou que “fatos não existem; o que existe são apenas interpretações”. Contrariamente a isso, pode-se contrapor que, na verdade, somente porque há fatos é que existem interpretações. E estes fatos que compõem a concretude do caso podem – e devem – ser devidamente definidos e explicitados. (STRECK, 2017, online).

O aludido método fenomenológico-hermenêutico tem por fato jurídico aquele no julgado do STJ: em demanda de execução de título extrajudicial, a credora/exequente pediu e conseguiu perante o Juízo de 1º Grau, que foi mantida Tribunal de Justiça de Goiás (TJGO), a penhora de 30% (trinta por cento) do salário do devedor para pagamento da obrigação exequenda. Essa decisão contraria frontalmente o texto do art. 649, IV, do Código de Processo Civil brasileiro de 1973 (CPC/73), revogado em 2016, que inadmite a penhora de salário em qualquer hipótese.

Diante disso, utilizar-se-á a Metodologia de Análise de Decisões (MAD) para estudar o julgado acima referido, cuja “reflexão se originou da necessidade de organização metódica, na forma de um protocolo passível de reprodução que permitisse, em alguma medida, comensurabilidade entre várias apreciações realizadas em momentos ou por pessoas distintas, em relação a uma dada prática decisória” (FREITAS FILHO; LIMA, 2010).

Duas são as possibilidades de análise pela MAD: (i) o estudo de caso ou de casos, para se obter as conclusões “a partir da observação e seleção de dados ocorrentes em um determinado problema”; (ii) a análise de julgados visa coletar “decisões de um ou diversos decisores, sobre um determinado problema jurídico, com o objetivo de identificar um momento decisório, realizar um retrato do “estado da arte” sobre o assunto”

(FREITAS FILHO; LIMA, 2010). O presente texto fará uso do estudo de caso, a partir do mencionado julgado do STJ.

Para cumprir a finalidade do texto, este foi dividido em cinco partes, além desta introdução e das referências: (i) os sentidos atuais de Direito, Hermenêutica e Lógica; (ii) o sentido de segurança jurídica substancial; (iv) as premissas e os fundamentos do STJ no mencionado julgado para relativizar a regra do art. 649, IV, do CPC/73; (v) conclusão pelo acerto ou desacerto da decisão do STJ.

2. HERMENÊUTICA JURÍDICA E LÓGICA: AINDA HOJE?

O Direito exige que o intérprete reflita sobre a indagação de Luiz Edson Fachin (2008, p. 20): “a que serve e a quem serve o Direito?”. Responder a esta pergunta necessita de uma compreensão autêntica do Direito, isto é, uma apreensão que preserve a sua autonomia e não o torne servo de um discurso legitimador do político, da moral, do econômico, entre outros; se assim não for, o Direito vigente não passará de uma reprodução do que ele foi ontem – “mais do mesmo” –, como diuturnamente combateu Ricardo Aronne (2010; 2006).

Diante disso, para este texto, acolhe-se a ideia de que o Direito tem um sentido:

Interpretativo e é aquilo que é emanado pelas instituições jurídicas, sendo que as questões a ele relativas encontram, necessariamente, respostas nas leis, nos princípios constitucionais, nos regulamentos e nos precedentes que tenham DNA constitucional, e não na vontade individual do aplicador (mesmo que seja o STF). Assim como a realidade, também o direito possui essa dimensão interpretativa. Essa dimensão implica o dever de atribuir às práticas jurídicas o melhor sentido possível para o direito de uma comunidade política. (STRECK, 2017, p. 91).

O Direito, com o sentido acima, possibilita que o intérprete, na resolução do caso concreto, tenha como *prius* o problema e como ponto de chegada (*posterius*) a solução do problema, que passará pela fundamen-

tação judicativa, apresentada pela estratégia caso – fundamentação⁸ – decisão ou razão prática⁹.

Preocupa-se com o *como se decide* e não somente o *que se decidiu e como se justificou a decisão*, a ensejar a necessidade de uma teoria da decisão (STRECK, 2018, p. 13-27). Por isso, “cada caso julgado marca seu lugar em quatro dimensões: altura, largura, profundidade e tempo” (ALVES, 2005, p. 16), sobretudo, para o controle do bom desempenho da função jurisdicional (AOMI, 1973, p. 193-196) – cuja importância não cessa de crescer no contexto do Estado Constitucional¹⁰.

Lembra-se de que o enunciado normativo (texto) do art. 649, IV, do CPC/73, analisado neste artigo, veda a penhorabilidade do salário do devedor. Isso enseja uma necessária delimitação de sentido para os significantes hermenêutica jurídica¹¹ que permitirá questionar o acerto ou o desacerto da decisão do STJ.

⁸ A fundamentação se lastreia nas formas de expressão do Direito – princípios, regras, lei, costumes, julgados, literatura jurídica, atividades jurídicas particulares e públicas, como aludem (formas de expressão do Direito e cumprimento da Constituição Federal da República do Brasil de 1988 - CR/88, art. 93, IX, e do Código de Processo Civil (CPC), art. 489. Sobre as formas de expressão do Direito, v.: LIMONGI FRANÇA, 1988.

⁹ Esquema adaptado da ideia de caso–princípios–razão prática de Castanheira Neves. (CASTANHEIRA NEVES, 2012. p. 9-79).

¹⁰ A propósito: “A lei sozinha nunca será suficiente; é ‘apenas um juiz responsável, capaz de intervir com suas próprias e fundadas avaliações, é capaz de fornecer, às partes, o direito que elas verdadeiramente procuram’. O caráter conscientemente criativo-valorativo (e, portanto, produtor de um direito novo) da interpretação judicial precisa, portanto, ser reconhecido, mesmo porque a aplicação da lei é atualização de uma norma em referência a um caso concreto, pelo que há uma escolha da norma a ser aplicada, ou seja, a avaliação feita ao subsumir sempre contém um ato que vai muito além de uma simples atividade mental de caráter mecânico. Mesmo a simples interpretação teórica de uma regra é, na maioria dos casos, um aperfeiçoamento do direito (Rechtsfortbildung, Rechtsschöpfung)” (ORRÙ, G. *Richterrecht: il problema della libertà e autorità giudiziale nella dottrina tedesca contemporanea*. Milão: Giuffrè, 1983, p. 13). Tradução livre. No original: “*La legge da sola non può mai bastare, e ‘solo un giudice responsabile, capace cioè di intervenire con proprie fondate valutazioni, è ingrado di assicurare alle parti il diritto che esse veramente cercano’. Il carattere consapevolmente creativo-valutativo (e dunque produttivo di diritto nuovo) dell’interpretazione giudiziale va perciò riconosciuto in ogni caso, perché l’applicazione del diritto è l’attualizzazione di una norma in riferimento ad un caso concreto, e sia la scelta della norma da applicare, sia la valutazione del fatto da sussumere nel modello legale contengono sempre un atto che va ben al di là di una più e semplice attività mentale di carattere meccanico. Anche la semplice interpretazione teorica di una norma rappresenta, nella maggioranza dei casi, un perfezionamento ulteriore del diritto (Rechtsfortbildung, Rechtsschöpfung)*”.

¹¹ Para uma conta dos sentidos de *hermenêutica*, cf. STRECK, 2017, p. 91.

O viés hermenêutico, que se projeta *para além* dos positivismos, não se fia nas tradicionais dicotomias entre fato e direito, ser e dever, raciocínio teórico e raciocínio prático, *etc.* Antes, procura controlar a atribuição de sentido aos institutos jurídicos em cada caso, à parte os binarismos, visando a analisar o que e como se decide juridicamente¹². Estas são as bases da Crítica Hermenêutica do Direito (CHD), assim delimitada por Streck:

A partir da *Crítica Hermenêutica do Direito*, é possível dizer que a afirmação [dos positivismos quanto ao Direito] está equivocada por não reconstruir filosoficamente o fenômeno. Ou seja, por compreender as características observáveis sem conectá-las com o *background* filosófico que as sustenta, parece ser simples propor meros ajustes, que são inconciliáveis ou apenas mais do mesmo, quando lemos com profundidade. Desse modo, para a CHD o pós-positivismo (ou se quisermos, não positivismo) é um movimento de ruptura que somente é possível quando as bases filosóficas são substituídas. Sem este enfrentamento esta tarefa tenderá ao fracasso. As tentativas de atualização ou melhoria estão inseridas dentro do guarda-chuva positivista, como o positivismo inclusivo e ou o normativo. Assim, o pós-positivismo, por estar fora deste, representa uma descontinuidade, e isto deve ser levado a sério.

(...)

Não obstante, dos diversos pontos destacados sobre o pós-positivismo, com a CHD subscrevo os seguintes, com algumas ressalvas: o reconhecimento do Direito enquanto uma prática; a ênfase no acontecer do Direito, por isso o destaque em uma indeterminação; uma reaproximação do Direito com o seu entorno, como a moral e a política, isto é, ainda que em níveis diferentes, o fenômeno jurídico deixa de ser entendido em sua autonomia absoluta; a tentativa de fazer uma teoria não-descritivista; a tentativa de uma teoria para além das dicotomias descrição/prescrição, fato/valor, ser/dever-ser; uma busca por uma aplicação não discricionária

¹² O sentido de pós-positivismo para este texto é aquele posto por Streck (p. 211): “O pós-positivismo no Direito pode ser compreendido com um amplo movimento de (tentativa de) ruptura/superação do Positivismo Jurídico, evidenciando as limitações deste paradigma ante a complexidade do mundo hodierno. Também pode ser observado como uma tentativa de um novo modelo teórico, em que o problema da razão prática passa a receber uma espécie de “dignidade epistemológica”. Isto é, o Direito antes elevado a sua autônoma objetividade, seria compreendido em sua práxis, num movimento de reaproximação com a moral”.

que reforce o papel da fundamentação/justificação; maior fluidez na construção do Direito, isto é, o legislador não encerra o Direito, tampouco o judiciário o cria *ex nihilo*; em reconhecimento da normatividade dos princípios jurídicos, entendidos com padrões vinculantes e substanciais que exigem do intérprete um exercício distinto na aplicação do Direito; uma igual ou maior consideração da legitimidade em relação a validade, ou seja, para além de critérios neutros de validação, o Direito legislado ou aplicado deve manifestar-se democraticamente legítimo.

Desta forma, para os pós-positivistas o fenômeno jurídico já não mais poderia ser pensado como uma mera “racionalidade instrumental” ou um instrumento destinado à proteção dos interesses das classes dominantes, resultado das duas fases do legalismo, do nascedouro da modernidade ao Direito contemporâneo. As questões morais, políticas e econômicas – rejeitadas *lato sensu* pelo positivismo jurídico – passam a fazer parte da preocupação da comunidade jurídica. (STRECK, 2017, p. 211, 217-219).

É sobre essas premissas que se assenta um dos caminhos de análise da aludida decisão do STJ, para se saber se a hipótese lançada neste texto se comprova, qual seja, que se pelo viés da hermenêutica jurídica a decisão violou a segurança jurídica substancial, assim como pelo viés da lógica não monotônica, objeto de detalhamento no tópico abaixo.

3. A LÓGICA E A DERROTABILIDADE DOS ENUNCIADOS NORMATIVOS JURÍDICOS

Como apontado no resumo e na introdução, a decisão judicial do STJ também será aferida pela lógica não clássica como se passa a expor. Relevante lembrar que a literatura jurídica, especialmente com a profusão das opiniões publicadas em detrimento do erigir de uma doutrina propriamente dita,¹³ é prenhe de cacoetes, truísmos e construções teóricas tidas

¹³ A propósito deste vezo, é a contundente crítica de Martins-Costa (2014, p. 19-20): “O termo doutrina, na acepção tradicionalmente consagrada, é inconfundível com o ‘panorama viscoso’ hoje tristemente perspectivado em grande parte da doutrina civilista, entre nós ou alhures, em que se toma por doutrina ou uma algaravia divulgadora de clichês e temas da moda ou estudos empíricos mal copiados do que ocorre nas ciências sociais. (...) [Sua] crise é multicausal, resultando no esmaecimento da doutrina como autoridade”

como acabadas e intocáveis. Dentre estas verdadeiras vacas sagradas, a mais arraigada na teoria e na prática do Direito contemporâneo parece ser a *incidência normativa*, suposto indiscutível nascedouro, *e.g.*, da relação jurídica tributária (ATALIBA, 2006, p. 45) e da eficácia dos fatos jurídicos (PONTES DE MIRANDA, 2012, p. 13).

Argui-se, a propósito, que este singular fenômeno jurídico seria *decorrência da lógica*, à medida que “o direito foi concebido, e logicamente construído, para que as normas jurídicas incidissem. Mas a incidência decorre da essência das normas jurídico-positivas, não de considerações dogmáticas testáveis ou concepções jusnaturalistas e, pois, extraempíricas”¹⁴. Desse modo, destaca Vasconcellos (2010, p. 89):

A infalibilidade da incidência seria um corolário lógico dessas pressuposições. A respeito, PONTES propõe que a incidência das regras jurídicas seria infalível, isto é, ‘todos os suportes fáticos, suficientes, que se compuseram, são coloridos por ela, sem exceção’. (...) Como se vê, este é um modelo similar à teoria de DWORKIN, do tudo ou nada na aplicação da regra jurídica.

A Lógica de que se está a falar, contudo, não se confina à Lógica Clássica, silogística e monotônica, para a qual “uma vez alcançada determinada conclusão, ela não pode ser desfeita pela adição de qualquer amontoado de novas informações”, pois “o conjunto de conclusões logicamente derivadas de um determinado corpo do conhecimento cresce proporcionalmente ao próprio corpo do conhecimento” (ANTONELLI,

de epistemológica. Não é, porém, uma crise de simplista análise, pois permeada por paradoxos. A desimportância da doutrina convive com a produção expansiva de opinião publicada, irrelevante em termos de solidez construtiva, relevante por seus reflexos na formação de uma jurisprudência baseada nos chavões, de modo que ambas as características acabam por se mesclar. O nosso tempo de irreflexão e de imediatatez faz confundir com doutrina jurídica qualquer opinião publicada”.

¹⁴ BORGES (2005, p. 35). Estas considerações tomam, por referência, a construção teórica dita tradicional, ancorada em Pontes de Miranda. Outras vias consagradas existem, na literatura, para explicar a incidência, a exemplo da proposta de Barros Carvalho, na qual “a incidência não ocorreria no mundo do pensamento, de forma infalível e independente de qualquer conduta humana, pelo contrário, seria um ato intrinsecamente linguístico e necessariamente intermediado pela ação humana” (VASCONCELLOS, 2010, p. 89). Esta abordagem é desconsiderada pelo presente trabalho, por escapar de seu recorte, restrito à crítica da difundida crença de que a incidência seria uma espécie de operação demiúrgica, infalível, inabalável, imutável e previsível.

2015, p. ix)¹⁵. Bem ao contrário (e aqui se desvela o equívoco consistente em tomar a Lógica como um manto de preservação do *status quo* na ambiência do Direito): está-se a referir a abordagens transcendententes à Lógica Clássica, as quais trazem para dentro de si a contradição e, portanto, a derrotabilidade. Destarte, prestigia-se um *outro tipo de raciocínio*, no qual:

As conclusões são atingidas tentativamente, podendo retrair-se quando novos fatos são apreendidos. Este tipo de raciocínio é não-monotônico, ou, como se diz, derrotável. Na vida cotidiana, pessoas pulam para conclusões com base em informações parciais, reservando o direito de preteri-las quando informações mais completas se fazem disponíveis¹⁶.

A derrotabilidade normativa, nesse prisma e apesar de sua inata plurivocidade, traduz-se como a possibilidade de se afastar (derrotar ou não se aplicar) determinado enunciado normativo se um fato jurídico, interpretação ou circunstância com ele não guardar compatibilidade e puder derrotá-lo, parcialmente ou totalmente, desde que esse novo parâmetro seja universalizado para os casos semelhantes vindouros (FROTA, 2010, p. 87).

Sinteticamente, considerando que a riqueza das situações possíveis na realidade não é passível de ser prevista ou antecipada de maneira exaustiva pelo legislador, considera-se que toda norma traz consigo, para além das exceções expressas que porventura contemple, exceções implícitas decorrentes do contexto factual, sendo afastadas ou derrotadas em determinados contextos fáticos, em face de determinadas circunstâncias por elas não previstas. (SGARBOSSA, 2012, p. 61).

¹⁵ Tradução livre. No original: “One of the salient features of such an account is a property known as monotony, according to which the set of conclusions logically following from a given body of knowledge grows proportionally to the body of knowledge itself. In other words, once a given conclusion has been reached, it cannot be ‘undone’ by the addition of any amount of further information. This is a desirable trait if the relation of logical consequence is to capture the essential features of rigorous mathematical reasoning, in which conclusions follow from premises with a special kind of necessity that cannot be voided by augmenting the facts from which they are derived”.

¹⁶ Tradução livre. No original: “conclusions are reached tentatively, only possibly to be retracted when new facts are learned. This kind of reasoning is nonmonotonic, or, as we also say, defeasible. In everyday reasoning, people jump to conclusions on the basis of partial information, reserving the right to preempt those conclusions when more complete.

Trata-se, portanto, de uma constatação advinda do campo da Lógica – mais propriamente, da análise de sistemas lógicos não monotômicos (SERBENA, 2012, p. 24) – que permite solver questões jurídicas de maneira fundamentada (controlável) e adequada às exigências que arrostando o Direito contemporâneo.

Nessa sinagra, sobretudo em conta do fato de que o Direito hodierno em muito extrapola a singeleza de sua expressão anterior, monista e adstrita à simplicidade da coincidência entre texto e norma, própria de uma acepção textual-formalista do fenômeno jurídico (RODRIGUEZ, 2012, p. 132), é possível pensar a recompreensão da díade Lógica e Direito dentro de uma nova escala, na qual já não mais se pode confiar na frágil tença de que “a função da lógica no direito consistiria na descrição de diferentes formas de argumentação desenvolvidas para justificar posturas jurídicas a fim de descobrir como aperfeiçoá-las”¹⁷.

Ao contrário, e muito embora o instrumental da Lógica Clássica conserve alguma utilidade na asserção da validade de raciocínios levados a efeito na seara jurídica – mormente no que diz com a estrutura dos argumentos e com os erros de raciocínio denominados de falácias formais e não formais –, as limitações inerentes a suas vetustas categorias e seus princípios tradicionais (princípio da identidade, do terceiro excluído e da não-contradição¹⁸) experimentam abalos indisfarçáveis, especialmente na

¹⁷ ALCHOURRÓN, C. E. Sobre Derecho y lógica. *Isonomía*, n.13, p. 10-32, oct. 2000, p. 11. Tradução livre. No original: “Desde esta perspectiva, la función de la lógica en el Derecho consistiría en a descripción de diferentes formas de argumentación desarrolladas para justificar posturas jurídicas a fin de descubrir como perfeccionarlas”.

¹⁸ Alaôr Caffé atribui sentido aos três princípios: princípio de identidade – “entre uma ideia e todos os seus constituintes – elementos de sua compreensão – existe necessariamente uma identidade. Há sempre identidade entre o todo e a soma de suas partes. De outro modo: o conceito-sujeito é total ou parcialmente idêntico ao conceito-predicado. Ou ainda: uma mesma proposição não pode ser simultaneamente verdadeira e falsa. Exemplo: o homem é animal racional (homem = animal racional)”; princípio de contradição ou da não contradição – “o mesmo predicado não pode ser afirmado e negado do mesmo sujeito, ao mesmo tempo me sob o mesmo aspecto ou relação. Exemplo: que fere o princípio: “o homem é animal e algum homem não é animal” (afirmação de uma conjunção de duas proposições opostas contraditórias). Segundo esse princípio, duas proposições contraditórias não podem ser verdadeiras nem falsas ao mesmo tempo”; princípio do terceiro excluído – “princípio de *alternatividade lógica* – complementar do princípio da contradição, do ponto de vista (b) lógico, a respeito de uma determinada proposição, podemos dizer que ela é verdadeira ou falsa, excluindo, por impensável, a hipótese de que seja ao mesmo tempo verdadeira e falsa” (ALVES, 2005, p. 151-153).

ambiência da lógica deôntica, conforme alumia Alchourrón¹⁹: “lógicas diferentes podem proporcionar diferentes classes de justificação. Um raciocínio inválido pode ser apresentado como válido através de uma análise lógica diferente dos enunciados considerados, ou desde a perspectiva de uma lógica diferente”.

Diante deste pano de fundo, a tradicional aceção de incidência, para a qual o simples aperfeiçoamento do suporte fático descrito na hipótese de um enunciado normativo implicaria, *automaticamente*, a imantação desta situação de fato pelo conseqüente normativo, perde força e sentido. Via de consequência, esvaziam-se as tradicionais lições introdutórias ao Direito Público e Privado, no sentido de que:

Costuma-se designar por incidência o fenômeno especificamente jurídico da subsunção de um fato a uma hipótese legal, como conseqüente e automática comunicação ao fato das virtudes jurídicas previstas na norma.

Com as cautelas que as comparações impõem, é fenômeno parecido com uma descarga elétrica sobre uma barra de ferro. Recebendo a descarga, a barra passa a ter a força de atrair metais. Substancialmente, a barra persistirá sendo de ferro. Por força, entretanto, da descarga, adquirirá a propriedade de ser apta a produzir esse específico efeito de imã. Incidência é a descarga elétrica. (ATALIBA, 2006, p. 45).

E isto se deve à inevitável constatação de que não apenas é a linguagem jurídica a ser atingida pela vagueza²⁰ e pela ambigüidade²¹ pró-

¹⁹ ALCHOURRÓN, C. E. Sobre Derecho y lógica..., p. 11. Tradução livre. No original: “lógicas diferentes pueden proporcionar diferentes clases de justificación. Un razonamiento inválido puede ser presentado como válido a través de un análisis lógico diferente de los enunciados involucrados, o desde la perspectiva de una lógica diferente”.

²⁰ Warat aponta: “A vagueza deve ser vista como um problema predominantemente denotativo. A ambigüidade, como um problema essencialmente designativo. (...) Um termo é vago, em sentido lato, nos casos onde não existe uma regra definida quanto a sua aplicação. (...) Assim, de um modo geral, teremos um problema de vagueza quando, a partir das regras de uso não se pode definir com exatidão os critérios de aplicabilidade denotativa, devendo-se recorrer a decisões auxiliares” (WARAT, 1995, p. 76-77).

²¹ “A ambigüidade, por outro lado, é um caso particular de incerteza designativa (...) [verificada] nos casos em que um termo possui mais de um conjunto de propriedades significativas, isto é, um mesmo rótulo ou significante veicula propriedades designativas aplicáveis a âmbito denotativos claramente diferenciáveis” (WARAT, 1995, p. 78).

prias da linguagem ordinária (HART, 1983, p. 98), como também de que questões relacionadas aos fatos jurídicos que sustentam ou refutam conclusões jurídicas, podendo, portanto, excepcionar o enunciado normativo, sabidamente haurido do confronto, realizado pelo intérprete, entre enunciados normativos e circunstâncias fático-jurídicas (HART, 1948-1949, p. 181). Isto sem que se olvide, por evidente, da crítica e decisiva contribuição de Dworkin (1986), quanto ao caráter interpretativo do Direito e à imanência, nele, de desacordos teóricos fundamentais.

Isso, por óbvio, com ainda maior evidência diante de enunciados de menor densidade normativa – situações em que o componente ‘a menos que’ (*but for*) indisfarçadamente rende ensanchas à excepcionalidade (e, pois, à derrotabilidade). E, se assim é, de nada vale falar-se, demiurgicamente, como ainda se teima em alguns setores comunidade jurídica especializada, em incidência e subsunção (MACCORMICK, 2008, p. 43-102).

A literatura especializada contemporânea, já de longa data, reconhece que a atividade interpretativa e, por simetria, de aplicação do direito é, em alguma medida, criativa (ORRÛ, 1983, p. 12). Isso porque a norma jurídica não é um dado, cujo sentido aguarda a descoberta do intérprete, o qual, na eventualidade de constatar o preenchimento da hipótese do enunciado normativo por determinadas circunstâncias fático-jurídicas, afirmará a incidência do enunciado normativo consequente imantação daquilo que era apenas fato pela carga da juridicidade.

Ao contrário, textos normativos são, tão somente, textos emanados por órgãos ou entidades aos quais se atribui autoridade legiferante. Sua concreção como *norma* imprescinde da captação da linguagem empregada na composição do enunciado, da tradução, em linguagem técnica (que, como visto, conta com as mesmas vicissitudes da linguagem ordinária), das circunstâncias de fato às quais se quer aplicar o enunciado normativo e da consideração, no bojo de processo interpretativo, da suficiência do contexto para fins de aplicação da consequência prescrita pelo enunciado. Aí, sim, é que se terá a norma. Deste modo, “a interpretação do direito se realiza não como mero exercício de leitura de textos normativos, para o quê bastaria o intérprete ser alfabetizado” (GRAU, 2017, p. 57).

Este processo, por evidente, envolve o manejo de textos normativos, mas o sentido e alcance destes, bem como a outorga, a si, de efetivi-

dade, transborda os confins da textualidade de sua expressão redacional, que, como dito, não pode ser totalmente abandonada.

O dogma da unidade entre texto e norma, determinante da diretriz exegética de que “interpretar não é mudar, inovar; consiste em fixar o sentido exato, verdadeiro, de uma disposição, e determinar como se a empregar: a interpretação, qualquer que seja a fonte de que emana, corresponde sempre aos mesmos fins”²², a partir desta constatação, perde força e sentido. Interpretar, portanto, não é desvelar um significado *dado* – o sentido unívoco e pré-existente, ao gosto da *École de l’Exegese* (FRYDMAN, 1994, p. 74) –, mas um construir de sentidos sujeitos à derrotabilidade e, portanto, contingentes e compartilhados para que possam ser controlados. Diferente não é o parecer de Nino²³, que explica:

Os juízes se encontram vinculados, no direito legislado, não por um conjunto de normas, mas por uma série de orações cujo significado é assinalado de acordo com certas regras semânticas e sintáticas, tenham elas ou não sido tomado em conta pelo próprio legislador. (...) Também os legisladores estão condicionados, na expressão de sua intenção, pelas leis e regras de inferência lógica. Uma análise lógica dos enunciados legislativos pode levar a sua desqualificação ou mostrar consequências não previstas por seus autores.

Assim, a remodelação do escopo de interpretação de determinados enunciados normativos, no sentido de ampliação ou de redução, até o limite de seu total esgarçamento ou negação, por órgãos e por entidades aos quais se reconhece autoridade para dizer o direito, torna o fenômeno de sua criação judicial e da conseqüente derrotabilidade dos enunciados legais, captável a olho nu. Isso porque escancara o estabelecimento progressivo de exceções ao suposto fático do enunciado normativo no

²² BOILEUX, 1856, p. 28. Tradução livre. No original: “interpréter, ce n’est pas changer, innover; c’est fixer le sens exact, véritable d’une disposition, et déterminer sa portée: l’interprétation, de quelque source qu’elle émane, conduire donc au même but.”

²³ NINO, 2003, p. 247. Tradução livre. No original: “Los jueces se encuentran vinculados, en el derecho legislado, no por un conjunto de normas, sino por una serie de oraciones cuyo significado es asignado de acuerdo con ciertas reglas semánticas y sintáticas, las haya tomado o no en cuenta el propio legislador. (...) También los legisladores están condicionados, en la expresión de su intención, por las leyes y reglas de inferencia lógica. Un análisis lógico de los enunciados legislativos puede llevar a descalificarlos o a mostrar consecuencias no previstas por sus autores”.

curso da construção da norma jurídica em cada caso (BUSTAMANTE, 2010, p. 81).

Isso torna seguro dizer que a vaca sagrada – o dogma da coincidência entre texto e norma, que se desdobra na tradicional acepção de incidência normativa – foi para o brejo, seja pela Lógica contemporânea, seja pela hermenêutica jurídica, sob o viés da hermenêutica filosófica apresentada dantes. Esse contexto de base filosófica serve de esteio para a atribuição de sentido ao significante da segurança jurídica substancial e para a crítica à decisão do STJ – e permite o desvelamento de critérios afastadores do decisionismo.

4. SEGURANÇA JURÍDICA SUBSTANCIAL: AS PEDRAS NO CAMINHO E O CAMINHO DAS PEDRAS

A resposta ao problema deste texto demanda um brevíssimo aporte na importância da linguagem para o Direito, haja vista ser ela a condição de possibilidade para a interpretação de qualquer fato da vida, o que dirá, de um fato jurídico – um fato da vida no qual o Direito incide a partir de critérios em cada ordenamento jurídico.

Percebe-se que há o esfarelamento dos antes sólidos dogmas da unidade entre texto e norma, da incidência normativa e da segurança jurídica formal – consistente na fiança na predeterminação e enunciados normativos –, depositou uma pedra no caminho teórico-prático do Direito na contemporaneidade. É que as transformações fundamentais que marcam o atual estágio da Teoria do Direito e, de modo bastante amplo, também da Teoria do Estado²⁴, ao impor a releitura do papel do intérprete, causou irritações à sensibilidade de posições teóricas confiantes na estática e na projetada constância²⁵ do Direito.

²⁴ Está-se a fazer referência à paulatina ruptura do modelo de Estado de Direito e à consolidação sucessiva do modelo de Estado Constitucional, timbrado pela supremacia constitucional, pelo alargamento do princípio da igualdade, pela maior difusão de textos normativos abertos e pela consequente releitura das relações entre jurisdição e legislação (cf. FIORAVANTI, 2001, p. 813-825).

²⁵ Diz-se projetada porque, conforme demonstrado por Braithwaite, o emprego alargado de técnica legislativa regulamentar, afinada no diapasão desta leitura textual-formalista do fenômeno jurídico e, sobretudo, da segurança jurídica, é, ela mesma, um polo irradiador de insegurança (cf. BRAITHWAITE, 2002, p.49 e ss.).

Isso não obstante a revisitação de diretrizes básicas do pensamento jurídico à luz do tempo presente, no diapasão da segurança jurídica substancial, mormente pela via do reconhecimento de que as características da linguagem jurídica – em especial no que diz com técnicas legislativas próprias do modelo de Estado Constitucional – e a própria dinâmica dos processos decisórios são, por excelência, espaços prenhes de conclusões derrotáveis.

Nesse prisma, a acepção textual-formalista de segurança jurídica perde razão de existir, ante ao falseamento da ideia de que seria possível, pela *determinação (Bestimmtheit)* de conteúdos normativos, encontrar, nos próprios textos normativos e por intermédio de interpretação textual, os critérios normativos a regerem a resolução de problemas concretos. Isso porque mesmo enunciados normativos regulamentares (fechados), dificilmente comportam interpretações uniformes, uma vez que os intérpretes “terminam por criar exceções à regra para abarcar casos em que sua aplicação iria gerar uma injustiça patente”²⁶ – quem dirá, então, diante de textos normativos abertos (BRAITHWAITE, 2002, p. 50 e ss.). Destarte, a escolha, a atribuição de sentido e as consequências advindas de determinados textos normativos redundam em exigência de que se demonstrem, com precisão, os fundamentos empregados neste proceder²⁷.

Vale dizer: a segurança jurídica não é um dado, mas algo a construir. Noutros termos, o problema da segurança jurídica é o da necessidade de haver o compartilhamento de sentido, como ocorre com qualquer significante, mormente diante do método fenomenológico indicado neste texto.

A contemporaneidade, portanto, exige o abandono da estabilidade estática de uma ordenação, para que se torne factível o alcance de uma

²⁶ Este fenômeno é referido por Rodriguez como gincana de regras, pois: “Em diplomas legislativos muito detalhados, que contam com regras específicas para uma diversidade muito grande de situações, é quase sempre possível justificar toda sorte de atitude com fundamento em um texto normativo fechado qualquer. Desta maneira, o efeito da regulação acaba sendo contrário ao objetivo fixado pelo legislador e este efeito paradoxal compromete a segurança jurídica” (RODRIGUEZ, p. 136). É dizer: “Como numa gincana de colégio, é possível partir de um determinado comportamento ou fato para tentar encontrar uma regra que o justifique, ou seja, que permita concluir por sua ilicitude à luz do direito” (RODRIGUEZ, p. 136).

²⁷ A final, a cogência de decisões judiciais depende de sua adequada fundamentação, na medida em que “os juízes (...) devem justificar suas opiniões. (...) Eles devem buscar autoridade” (WATSON, 2004, p. 2). Tradução livre. No original: “judges (...) must justify their opinion. (...) They must seek authority”.

dimensão de *estabilidade como equilíbrio do movimento* (MARTINS-COSTA, 2004, p. 114-115). Da *imutabilidade* haurida da coincidência entre texto e norma, então, salta-se para a *confiabilidade*²⁸. Por simetria a esta ordem de ideias, segurança jurídica não mais se pode confundir com certeza (*Sicherheit*) ou previsibilidade (*Voraussehbarkeit*) do Direito. Antes, compõe-se, também, pelo parcelar da calculabilidade (*Berechenbarkeit*), a qual remete à viabilidade de antecipação, pelos cidadãos do alcance da atuação do Estado relativamente a sua esfera de liberdades. Desse modo, viabiliza-se o erigir de um sentido objetivo e substancial à segurança jurídica, que congrega as diversas dimensões de sua substantividade, muito para além dos lindes do formalismo:

A segurança jurídica não pode seguir sendo concebida como um valor dependente unicamente dos traços formais do direito, à margem de seu conteúdo. Dito de outro modo, para determinar as distintas exigências que implica o princípio de segurança, precisamos estabelecer quais são as expectativas que merecem ser juridicamente protegidas; neste sentido, se propôs redefinir a segurança jurídica em termos de proteção de expectativas razoavelmente fundadas dos cidadãos (é dizer: expectativas que sejam consideradas legítimas à luz dos princípios e valores do próprio direito)²⁹.

A vetusta confiança na infalibilidade da incidência normativa, cara à ênfase em raciocínios dedutivos cujas premissas consistem na exata delimitação de uma hipótese por determinado texto normativo e pelo perfeito preenchimento deste antecedente por determinada circunstância de fato, portanto, adquire tonalidade dissonante com os arranjos próprios deste momento da Teoria e da prática jurídicas.

²⁸ “Segurança jurídica, pois, não significa imutabilidade, mas sim um mínimo indispensável de previsibilidade, em patamares compatíveis com o dinamismo e o cosmopolitismo” (FACHIN, 2014, p. 16).

²⁹ VIDAL, 2013, p. 103. Tradução livre. No original: “*la seguridad jurídica no puede seguir siendo concebida como un valor dependiente únicamente de rasgos formales del derecho, al margen de su contenido. Dicho de otro modo, para determinar las distintas exigencias que implica el principio de seguridad necesitamos establecer cuáles son las expectativas que merecen ser jurídicamente protegidas; en este sentido se ha propuesto redefinir la seguridad jurídica en términos de protección de expectativas razonablemente fundadas de los ciudadanos (es decir, expectativas que han de ser consideradas legítimas a la luz de los principios y valores del propio derecho)*”.

Isso porque a percepção de que a segurança jurídica não corresponde à certeza e à estabilidade estática do ordenamento, mas a uma noção de equilíbrio dinâmico, é consequência de uma característica marcante, inafastável e empiricamente verificável das normas jurídicas, hauridas da interpretação de um caso concreto ou fictício, a já referida derrotabilidade; a sujeição “a exceções implícitas que não podem ser enumeradas exaustivamente de antemão” (RODRIGUEZ, 2003, p. 210). Assim:

A derrotabilidade, enquanto propriedade formal de certas regras de inferência, cumpre um importante papel. (...) a derrotabilidade retira o tapete que encobre a maneira usual de raciocinar dos juristas. Ela faz ver que as regras de inferência utilizadas pelo raciocínio jurídico são, em sua maioria, não monotônicas. Alguns criticam a derrotabilidade afirmando que ela traz insegurança jurídica. A crítica é infundada, pois, geralmente, quem a formula não é consciente de que, ao raciocinar, a utiliza na maioria dos casos condicionais derrotáveis, porém não admite expressamente essa realidade, ou por artifício retórico ou por falta de rigor científico, ou mesmo por desconhecimento. (SERBENA, 2010, p. 9).

Especificamente no que diz respeito à tensão aparente entre segurança jurídica e derrotabilidade normativa, o parecer de Torres (2012, p. 52) é esclarecedor:

Nas sociedades contemporâneas, observa-se a presença das normas jurídicas com características hipotético-condicionais, cuja função é tutelar e resguardar as condutas intersubjetivas, assegurando previsibilidade e segurança jurídica aos cidadãos. Estas previsões possuem, entretanto, um caráter *prima facie*, que pode ser derrotado. Agora, determinar quais normas são derrotáveis e quais não, implica fazer uma análise das características destas. Pode-se dizer que, quanto maior é o grau de abstração da mensagem, maiores são as chances de que a sua previsão possa ser derrotada ou não aplicada.

Nesse giro, a excepcionalidade não apenas favorece a adequação das soluções jurídicas às peculiaridades de cada circunstância de fato sob apreciação, como também dá força à coerência e à legitimidade do Direito. Isso porque, mediante o indispensável aporte da adequada e robusta

justificação, constrói-se a solução normativa adequada ao caso concreto, sem prejuízo da textualidade dos enunciados concorrentes e da unidade do ordenamento. Vale dizer: a assimilação da possibilidade de se derrotar enunciados normativos “representa a possibilidade de tratamento de casos excepcionais, dentro de um enunciado normativo geral e abstrato aplicável *prima facie* e a todas as situações normativas ou típicas, entendimento aplicável aos enunciados, julgados pacíficos e súmulas vinculantes dos Tribunais” (FROTA, 2010, p. 88).

Destarte, a crítica dirigida à contemporânea acepção de segurança jurídica (que nega os pressupostos que davam sustentação à unidade entre texto-norma e, portanto, problematiza a ideia de *incidência*) costuma se fundar em ignorância do *fenômeno empiricamente verificável* da derrotabilidade normativa, enquanto a crítica a esta geralmente repousa sobre fiança numa noção de segurança jurídica já superada.

A (re)leitura conjunta da segurança jurídica, no contexto teórico-prático jurídico contemporâneas, e da derrotabilidade normativa, como consectário do difundido reconhecimento de lógicas não-motônicas, viabiliza a compreensão de que se tratam de duas faces da mesma moeda. As consequências desta apreensão certamente abalam o horizonte cognitivo de juristas moldados nos esquadros do Estado de Direito, mas esta consequência é menos nociva que a perpetuação da indiferença em relação a um movimento que há muito está em curso. É o que confirma Serbena (2010, p. 31):

A derrotabilidade seria (...) um modelo adicional de que dispomos para representar o raciocínio com normas jurídicas. Com a derrotabilidade não adquirimos mais informação sobre o direito no sentido semântico. A derrotabilidade, sendo uma propriedade de certas regras de inferência, pode ter principalmente uma função sintática, no sentido de aclarar quais regras ou padrões de inferência os juristas utilizam em seus critérios, e quais não são utilizados.

Eis, então, um exemplo de como a reconciliação entre Direito e Lógica pode auxiliar no encontro, em meio às pedras no caminho, do caminho das pedras – o qual pode, contudo, ser descurado pelo tomador de decisão, conforme minudenciado no tópico seguinte.

5. ESTUDO DO CASO CONCRETO: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - RECURSO ESPECIAL Nº 1.658.069 E A POSSIBILIDADE DE PENHORA DE SALÁRIO DO DEVEDOR(A). RELATIVIZAÇÃO DA REGRA POSTA NO ART. 647, IV, DO CPC/73

A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, sob relatoria da Min.^a Nancy Andrighi, julgou o Recurso Especial 1.658.069 foi instada a se pronunciar a respeito de alegada negativa de vigência ao art. 649, IV, do CPC/73, que consagrava a *regra* da impenhorabilidade do salário, hoje expressa pelo art. 833, IV, do Código de 2015.

Tratava-se de execução de título extrajudicial, em cujo processamento foi deferida a penhora de 30% (trinta por cento) da remuneração do devedor – R\$ 3.600,00 mensais – que já sofria descontos superiores a R\$ 1.000,00, correspondentes a alimentos pagos a sua filha ainda criança. O STJ, ao desprover o apelo especial e preservar a constrição, partiu do fundamento de que na leitura do Tribunal de Origem, o executado teria deixado de comprovar adequadamente que a penhora comprometeria sua manutenção digna:

(...) na espécie, é perfeitamente possível a penhora da verba salarial do agravante, no importe de até 30% (trinta por cento), haja vista que os demonstrativos de pagamento de salários jungidos a estes autos (...) é possível aferir que tal desconto não ensejará comprometimento da sua manutenção digna.

Além disso, em que pese a alegação formulada pelo agravante acerca do custeio da pensão alimentícia a sua filha menor em importe superior a R\$ 1.000,00 (um mil reais), ocorre que as peças (...), por si só, não possuem o condão de corroborar tal alegação.

Sucedede que, segundo as razões invocadas pela Ministra Relatora, a admissão da penhora – isto é: a exceção à regra do art. 649, IV, CPC/1973 – se deu sob o pálio da *excepcionalidade* das circunstâncias do caso concreto, conforme um *juízo de ponderação*, ao qual se deveria submeter a *aplicação* do dispositivo legal (não seu afastamento):

A aplicação do art. 649, IV, do CPC/73 exige um juízo de ponderação à luz das circunstâncias que se apresentam caso a caso, sendo admissível que, em situações excepcionais, se afaste a impenhorabilidade parte da remuneração do devedor para que se confira efetividade à tutela jurisdicional.

Vale dizer: o STJ, na linha de uma dita “*evolução jurisprudencial*”³⁰, excepcionou as exceções previstas pela textualidade do dispositivo em questão, como se o texto não constituísse, ao menos *prima facie*³¹, em um enunciado normativo, que, afora ao menos uma das seis hipóteses presentes na noção de *resposta adequada constitucional*³², não poderia ser afastado. E pior: ao fazê-lo, não justificou sua inaplicabilidade pela via da demonstração de suas razões determinantes.

A decisão deixou de expor o raciocínio realizado para o efeito de derrotar o enunciado normativo. Antes, pressupôs, à míngua de qualquer arrazoado, o caráter extraordinário do caso e a ausência de prejuízo à subsistência do devedor pela penhora de quase um terço de sua remuneração, a qual já sofria desconto de dívida alimentar (esta, sim, contemplada pela exceção legal à impenhorabilidade), em montante equivalente.

³⁰ Disse o STJ: “Ocorre que a jurisprudência desta Corte vem evoluindo no sentido de admitir, em execução de dívida não alimentar, a flexibilização da regra de impenhorabilidade quando a hipótese concreta dos autos revelar que o bloqueio de parte da remuneração não prejudica a subsistência digna do devedor e de sua família”. O tema repercutiu na comunidade jurídica quase de imediato, como indica coluna de Lênio Streck a respeito: “Mesmo com o advento do CPC 2015 e a clara redação dizendo que salário (proventos, etc.) são impenhoráveis, com exceção de dívida alimentar e nos casos em que o devedor ganha mais de 50 salários mínimos, o STJ continua contrariando o CPC e assumindo o papel de legislador. Ignora a clareza do texto e cria uma norma que o contraria. De frente. Pior: no caso específico, o STJ decidiu o caso em tela com base no CPC 1973, que nem tinha a exceção dos 50 salários mínimos. E, ao que consta, diante do novo CPC 2015, continua atuando como legislador” STRECK (2020, online).

³¹ Diz-se *prima facie* justamente por conta da admissão da derrotabilidade normativa, no diapasão da segurança jurídica substancial, tal qual abordado nas seções precedentes. Quer dizer: a prescrição se aplica sempre que verificadas as condições a tanto necessárias. No entanto, determinados conjuntos de fatores, devidamente explicitados em razões substanciadas, universalizáveis e passíveis de controle, podem excepciona-la (derrota-la), impedindo a sua incidência.

³² A derrotabilidade do enunciado normativo, se utilizar os critérios da resposta adequada à Constituição (RAC), revela-se como poderoso instrumento para se verificar o cumprimento do dever de fundamentação posto nos arts. 93, IX, da Constituição Federal de 1988 (CF/88) e nos arts. 489 e 926 do Código de Processo Civil de 2015. Assim, qualquer decisão judicial pretenda derrotar um texto normativo deve observar os critérios da RAC, para que não arrisque ser (justamente) adjetivada de decisionistas, arbitrária, subjetivista ou ativista. Para uma explanação mais detalhada do sentido de RAC, seja facultado remeter a Streck, 2017, p. 251-268.

Em números, afirmou, com base nas esguias (também insuficientes em termos de substanciação) linhas constantes da decisão recorrida, que a redução do patamar remuneratório do devedor à aproximadamente *um terço* da retribuição por seu trabalho não afeta sua sobrevivência digna, como se não se tratasse de verba alimentar. Também o acórdão não atribuiu sentido ao significante digna.

À parte esta dimensão aritmética, o Tribunal contrastou o que chamou de “duas vertentes do princípio da dignidade humana – de um lado, o direito ao mínimo existencial; de outro, o direito à satisfação executiva”, para determinar, mediante invocação simplória da fórmula *ponderação*, a prevalência do direito à satisfação executiva, sem, no entanto, ter efetivamente ponderado. A rigor, procedeu-se a uma escolha subjetiva de qual direito proteger.

Ao assim fazer, menoscabou o princípio da dignidade humana, distorceu gravemente a ideia de ponderação (ao menos em sua originária acepção técnica³³, o que, por si só, já passível de problematizações

³³ Está-se a referir, especificamente, à não-suscetibilidade de apreciação dos fundamentos do acórdão segundo a (não isenta de severas e pertinentes críticas) fórmula do peso, de Alexy, que, em recente revisão, assim se exprime: $W_{i,j} = \frac{I_i \cdot W_i \cdot R_i^e \cdot R_i^n}{I_j \cdot W_j \cdot R_j^e \cdot R_j^n}$, sendo “W” o peso concreto do princípio Pi em relação ao princípio colidente Pj; “I”, a intensidade da interferência; “R”, a certeza (*reliability*) das suposições epistêmicas “e” e normativas “n” (cf. ALEXY, 2014, p. 9-13). A decisão do Superior Tribunal de Justiça não delimitou adequadamente os princípios colidentes, tampouco se desonerou da *carga argumentativa* imposta sobre os ombros do tomador de decisão que delibera por excepcionar uma regra (v., a propósito: ALEXY, 1997, p. 262 e ss). Esta incompatibilidade da *ponderação* levada a efeito pelo STJ com a ponderação de que fala Alexy foi, também, comentada por Streck: “Desejos e subjetivismos não podem substituir a lei. Juiz não pode ignorar a lei com base em princípios que ele mesmo inventou ou, ainda, mediante o uso de uma inexistente ponderação de princípios, que, por certo, deixaria corado o seu criador, Robert Alexy. Desafio que se demonstre que, em algum momento, havendo uma regra que estipula claramente determinada questão, Alexy aceitaria fazer uma ponderação que envolvesse, por exemplo, a colisão entre o mínimo existencial (como valorar?) e o direito de cobrar uma dívida (há direito fundamental nisso?), pesando a balança, no final, a favor do patrimônio do credor. Seria a vitória do ‘princípio da dignidade do crédito’? Espero não estar dando a ideia da criação desse ‘princípio’. E aqui vai um aviso para quem gosta de ponderar: conflito entre regras se resolve com a subsunção (pior: no caso, sequer existe conflito – ou colisão – de regras!). Na verdade, Alexy nunca tratou desse modo esse tipo de assunto. Ponderação (e a decisão do STJ chega a falar em ponderação, sim) é uma coisa complexa (ver aqui crítica que Rafael Dalla Barba e eu fizemos ao mal-uso da ponderação em julgamento no STF). Jamais Alexy disse que bastaria pegar um princípio em cada mão e dizer uma palavra mágica como ‘estou ponderando’ e... *fiat lux*”. STRECK (2020, online).

pungentes³⁴) e aniquilou o texto do art. 620 do CPC/73 (CPC/15, art. 805) de que em toda execução deve ser com a menor onerosidade possível ao devedor.

É que este enunciado normativo estatui que a execução deve se dar do modo menos oneroso ao devedor, consideradas possibilidades *lícitas* de igual efetividade. No caso em comento (e nos demais julgados que se enovelam na conformação desta orientação do Tribunal), este enunciado normativo teve negado sua vigência, à medida que o Estado-Juiz chanceou o emprego de mecanismo contrário à Lei (*não-lícito*, portanto) para promover o *direito à satisfação executiva*, alocado em pedestal aparentemente superior ao patamar da dignidade do devedor e da consectária preservação do patrimônio mínimo³⁵.

Os enunciados normativos citados – sobretudo a impenhorabilidade da remuneração do devedor, cerne do recurso especial – não foram derrotados. Antes, tiveram negado suas vigências. A segurança jurídica, que contempla também um importante componente formal, haurido da relativa determinação de enunciados normativos (eventualmente excepcionável mediante robusta fundamentação), foi depreciada, haja vista o caráter não-universalizável das minguadas razões constantes do acórdão.

Mesmo parecendo não existir, neste caso específico, justificativa para a não aplicação do enunciado normativo do art. 649, IV, CPC/73, uma maior permeabilidade da prática forense aos influxos da contemporânea Teoria do Direito, expostas neste texto, certamente contribuiria para a elisão de decisões prejudiciais à segurança jurídica.

³⁴ Veja-se, a propósito, a dura crítica de Andres Botero: “Segundo a visão moderada do constitucionalismo [propugnada por Alexy], quando estão em choque dois ou mais princípios, exige-se uma ponderação que termina com uma regra de precedência, que é a que efetivamente se aplica, ou quando se deseja aplicar um princípio, é necessário recorrer às regras para estabelecer tanto o pressuposto de fato como a consequência jurídica, pelo que somente se aplicam regras ao final” (BOTERO, 2013, p. 195). Isso, na visão do autor, traduz-se como uma ratificação do formalismo, “posto que com as regras, segundo Alexy e não segundo muitos positivistas do século XX, há apenas um ‘tudo ou nada’, e se só se aplicam regras ratificadas pelos princípios ao fim e ao cabo, então tudo caberia no ‘tudo ou nada’” (BOTERO, 2013, p. 196). “Alexy, no fundo, quer se posicionar em teses moderadas, mas isto pode permitir (...) juízos que, uma vez desenvolvidos, terminariam por declarar a inutilidade de um dos dois extremos em que se partem, as regras ou os princípios. Esse afã eclético é importante politicamente (...), mas leva a vários defeitos no acadêmico” (BOTERO, 2013, p. 196-7). No mesmo sentido, v.: GLOCKNER, p. 121-160.

³⁵ Sobre o estatuto jurídico do patrimônio mínimo no Direito Civil Brasileiro, seja facultado remeter a Fachin, 2001.

Dessa maneira, a dimensão democrática de controlabilidade de razões, com a preservação da estabilidade (segurança jurídica formal e substancial), da coerência (“consistência lógica que o julgamento de casos semelhantes deve guardar entre si”) – (STRECK, 2017, p. 34) e da integridade (“exigência de que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do Direito, numa perspectiva de ajuste de substância”) – (STRECK, 2017, p. 34) do Direito em cada caso concreto (CPC/15, art. 926), a fim de se permitir uma igualdade na (e face a) adjudicação. Isso é condição *sine qua non* para que não continuemos ou retornemos a um período de subjetivismo judicativo, em que o Direito corresponde à vontade emanada da toga.

6. CONCLUSÃO

A compreensão do fenômeno jurídico na contemporaneidade, sobretudo na irritada questão da segurança *no* (e não *do*) Direito, imprescinde da reconciliação dos juristas com a(s) lógica(s) hodierna(s). Isso porque, na hipótese trabalhada nas seções precedentes, o atual estado da arte teórico-prático – que nega o vetusto dogma da unidade entre texto e norma, bem como a norma totalmente dissociada do texto normativo, e acaba por sacrificar a vaca sagrada da demiúrgica incidência normativa – traz consigo a resignificação de categorias e diretrizes fundamentais, cuja apreensão não prescinde do reconhecimento da derrotabilidade das normas de direito.

Assim e especificamente em relação ao tópico da incidência, o instrumental oferecido pela lógica permite, ao jurista, um distanciamento maior em relação ao objeto de análise, de modo a viabilizar a compreensão de que o esfacelamento de dogmas arraigados no imaginário jurídico (brasileiro) não representa um óbice ao avanço no desenvolvimento do Direito, mas, apenas e tão somente, uma parte da pavimentação do caminho a seguir.

É dizer, de modo mais compreensivo: a retomada dos diálogos da literatura jurídica com os julgados, indispensáveis para que a concessão ou negação de direitos e de deveres não seja subjetivista e fundada na vontade de quem decide.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, G. *Discrecionalidade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial*. São Paulo: RT, 2014.

ALCHOURRÓN, C. E. Sobre Derecho y lógica. *Isonomía*, n. 13, p. 10-32, oct./2000.

ALEXY, R. Princípios formais. In: TRIVISONNO, A. T. G. *et al.* (Orgs.). *Princípios formais e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

ALEXY, R. *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Tradução de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALVES, A. C. *Lógica: pensamento formal e argumentação*. 4. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

ANTONELLI, A. *Grounded consequence for defeasible logic*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

AOMI, J. The regulative function of logic in legal decisions. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, v. 59, n. 2, p. 193-196, 1973.

ARNT RAMOS, A. L. *Responsabilidade por Danos e Segurança Jurídica: Legislação e Jurisdição nos Contextos Alemão e Brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2018.

ARONNE, Ricardo. *Direito civil-constitucional e teoria do caos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

ARONNE, Ricardo. *Razão & caos no discurso jurídico e outros ensaios de direito civil-constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ATALIBA, G. *Hipótese de incidência tributária*. 6. ed., 8. tir. São Paulo: Malheiros, 2006.

ÁVILA, H. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011.

BOILEUX, J. M. *Commentaire sur le Code Civil: contenant l'explication de chaque article séparément*. T. 1. 6. ed., aumentada e melhorada. Paris: Videcoq, 1856.

BORGES, J. S. M. *Curso de Direito Comunitário*. São Paulo: Saraiva, 2005.

BOTERO, A. Crítica da concepção de sistema jurídico e razão prática de Robert Alexy. In: BOTERO, A. *Estudos de História e Filosofia do Direito*. Tradução de: Aberto K. Arbex, André K. Trindade, Danielle Regina W. de Araújo, Francisco Codorniz e Gilberto M. de Almeida. Curitiba: Juruá, 2013.

BRAITHWAITE, J. Rules and principles: a theory of legal certainty. *AJLP*, n. 27, p.47-82, 2002.

BUSTAMANTE, T. R. Conflictos normativos y decisiones *contra legem*: una explicación de la derrotabilidad normativa a partir de la distinción entre reglas y principios. *DOXA*, v. 33, p.79-108, 2010.

CASTANHEIRA NEVES, António. O jurisprudencialismo: proposta de uma reconstituição crítica do sentido do direito. In: COELHO, Nuno M. M. Santos; SILVA, Antônio Sá da (Org.). *Teoria do direito: direito interrogado hoje – o jurisprudencialismo: uma resposta possível? Estudos em homenagem ao doutor António Castanheira Neves*. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2012. p. 9-79.

CHUEIRI, V. K. de; SAMPAIO, J. M. A. Coerência, integridade e decisão judicial. *Nomos*, Fortaleza, v. 32.1, p. 177-200, 2012.

CRUET, J. *La vie du Droit et l'impuissance des Lois*. Paris: Ernest Flammarion, 1908.

DWORKIN, R. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard Belknap Press, 1986.

FACHIN, L. E. A “reconstitucionalização” do direito civil brasileiro. In: FACHIN, Luiz Edson. *Questões do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 11-20.

FACHIN, L. E. *Direito Civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

FACHIN, L. E. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FACHIN, L. E. Segurança jurídica entre ouriços e raposas. In: PIANOVSKI RUZYK, C. E., SOUZA, E. N., BEZERRA DE MENEZES, J.; EHRHARDT JUNIOR, M. (Orgs). *Direito civil constitucional: a resignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014.

FACHIN, L. E. *Teoria crítica do direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

FIORAVANTI, M. La trasformazione del modello costituzionale. *Studi Storici*, a. 42, n. 4, p. 813-825, out-dez/2001.

FREITAS FILHO, R.; LIMA, T. M. Metodologia de Análise de Decisões. In: XVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 2010, Fortaleza. *Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI*, 2010.

FROTA, P. M. C. Derrotabilidade das normas jurídicas e a sua aplicabilidade: o diálogo principiológico entre o direito contratual civil e o direito contratual administrativo. *RFDUFPR*, n. 52, p.81-99, 2010.

FRYDMAN, B. Exégese et Philologie: Un cas d'herméneutique comparée. *Revue Interdisciplinaire d'Études Juridiques*, n. 33, p.59-83, 1994.

GADAMER, H. G. *Verdade e método II: complementos e índice*. Ênio Paulo Giachini (trad.), Márcia Sá Cavalcanti Schuback (ver.). 5 ed. Petrópolis: Vozes, 2010.

GLOCKNER, R. J. Alexy e o paradoxo do mentiroso: fórmula de ponderação e indeterminação do Direito. In: SERBENA, C. A. *Teoria da derrotabilidade: pressupostos teóricos e aplicações*. Curitiba: Juruá, 2012.

GRAU, E. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 8. ed. refundida do ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2017.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

HART, H. L. A. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 1983.

HART, H. L. A. The ascription of responsibility and rights. *Proceedings of the Aristotelian Society. New Series*, v. 49, p. 171-194, 1948-1949.

LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Instituições de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1988.

MACCORMICK, N. *Retórica e o Estado de Direito*. Trad. Conrado Hübler Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Revisão Técnica Cláudio Michelin Júnior. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MARTINS-COSTA, J. Autoridade e utilidade da doutrina. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *Modelos de direito privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

MARTINS-COSTA, J. A re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre Estado e Cidadãos: a segurança como crédito de confiança. *RCEJ*, n. 27, p. 110-210, out-dez/2004.

MORIN, E. *Ciência com Consciência*. 14. ed. Trad. Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

MORIN, E. *O método 5 – a humanidade da humanidade – a identidade humana*. Trad. Juremir Machado da Silva. 4. ed. Porto Alegre: Sulina, 2007.

NINO, C. S. *Introducción al análisis del derecho*. Buenos Aires: Astrea, 2003.

ORRÙ, G. *Richterrecht: il problema della libertà e autorità giudiziale nella dottrina tedesca contemporanea*. Milão: Giuffrè, 1983.

OSUNA, A. *A hermenêutica jurídica*. Em torno a la hermenéutica de Hans-Georg Gadamer. Valladolid: Universidad de Valladolid, 1993.

PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de Direito Privado*. Introdução. Pessoas físicas e jurídicas. Atualizado por Judith Martins-Costa, Gustavo Haical e Jorge Cesa Ferreira da Silva. São Paulo: RT, 2012, t. 1.

RICARDO CUNHA, J. Direito e complexidade. In: BARRETO, V. P. (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006.

RODRIGUEZ, J. Derrotabilidad e indeterminación del Derecho: respuesta a Juan Carlos Bayón. In: BAYÓN, J. C. *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales*. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003.

RODRIGUEZ, J. R. Por um novo conceito de segurança jurídica: racionalidade judicial e estratégias legislativas. *Analisi e Diritto*, p. 129-152, 2012.

SALOMÃO, L. F.; TARTUCE, F. (Coords.). *Direito civil – diálogos entre a doutrina e a jurisprudência*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SANTOS COELHO, N. N. M. *Direito, filosofia e a humanidade como tarefa*. Curitiba: Juruá, 2012.

SERBENA, C. A. Normas jurídicas, inferência e derrotabilidade. In: SERBENA, C. A. *Teoria da derrotabilidade: pressupostos teóricos e aplicações*. Curitiba: Juruá, 2012.

SERBENA, C. A.; CELLA, J. R. G. Prefácio. VASCONCELLOS, F. A. *Hermenêutica jurídica e derrotabilidade*. Curitiba: Juruá, 2010.

SGARBI, A. *Introdução à teoria do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SGARBOSSA, L. F. O conceito de derrotabilidade normativa: noções fundamentais e análise crítica. In: SERBENA, C. A. *Teoria da derrotabilidade: pressupostos teóricos e aplicações*. Curitiba: Juruá, 2012.

STEIN, Ernildo. *Compreensão e finitude: estrutura e movimento da inter-rogação heideggeriana*. 2. ed. Ijuí: Unijuí, 2016.

STRECK, L. L. Art. 926. In: STRECK, L. L.; NUNES, D.; CUNHA, L. C. (Orgs.); FREIRE, A. (Coord. Exec.). *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

STRECK, L. L. *Decisão de segundo grau esgota questão de fato? Será que no Butão é assim?* Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-22/senso-incomum-segundo-grau-esgota-questao-fato-butao-assim> Acesso em: mar. 2018.

STRECK, L. L. *Dicionário de hermenêutica*. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

STRECK, L. L. *Hermenêutica e jurisdição. Diálogos com Lênio Streck*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

STRECK, L. L. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, L. L. Hermenêutica jurídica. In: BARRETO, V. P. [Coord.]. *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

STRECK, L. L. *Hermenêutica por Lênio Streck – livro-carta n. 1*. São Leopoldo: edição do autor, 2017.

STRECK, L. L. Para além da retórica, uma hermenêutica jurídica não relativista. In: STRECK, L. L.; LEITE, G. S. (Coords.). *Interpretação, retórica e linguagem*. Salvador: Juspodivm, 2018.

STRECK, L. L. *Parecer*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/manifestacao-politica-juizes-nao-punida.pdf> Acesso em: 02 nov. 2017.

STRECK, L. L. *STJ erra ao permitir penhora de salário contra expressa vedação legal!* Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jan-04/senso-incomum-stj-erra-permitir-penhora-salario-expressa-vedacao-legal> Acesso em: 17 maio 2020.

STRECK, L. L. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

STRECK, L. L.; OLIVEIRA, R. T. *Querendo ou não, para argumentar, necessito antes de hermenêutica*. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2015-out-10/diario-classe-querendo-ou-nao-argumentar-necessito-antes-hermeneutica?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook Acesso em: 7 jan. 2018.

TORRES, D. J. A. A derrotabilidade das normas jurídicas e sua presença nas decisões judiciais. In: SERBENA, C. A. *Teoria da derrotabilidade: pressupostos teóricos e aplicações*. Curitiba: Juruá, 2012.

TRINDADE, A. K. O controle das decisões judiciais e a revolução hermenêutica no direito processual civil brasileiro. In: STRECK, L. L.; ARRUDA ALVIM, E.; LEITE, G. S. (Org.). *Hermenêutica e Jurisprudência no Novo Código de Processo Civil: coerência e integridade*. São Paulo: Saraiva, 2016.

TRINDADE, A. K.; OLIVEIRA, R. T. Crítica Hermenêutica do Direito: do quadro referencial teórico à articulação de uma posição filosófica sobre o Direito. *RECHTD*, v. 9, a. 3, p. 311-326, setembro-dezembro 2017.

VASCONCELLOS, F. A. *Hermenêutica jurídica e derrotabilidade*. Curitiba: Juruá, 2010.

VIDAL, I. L. Seguridad jurídica y previsibilidad. *DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 36, p. 85-105, 2013.

WARAT, L. A. *O direito e sua linguagem*. 2. ed. Porto Alegre: SAFE, 1995.

WATSON, A. Legal culture v. legal tradition. In: HOECKE, M. (Org). *Epistemology and methodology of comparative law*. Oxford: Hart, 2004.

Capítulo IV

OS SILOGISMOS AXIOMÁTICOS E A RACIONALIDADE DO DISCURSO JURÍDICO¹

GERALDO HENRIQUE COSTA BARBOSA DE ALMEIDA

Resumo: Com base na virada linguística de Ludwig Wittgenstein, o presente trabalho propõe investigar o uso do silogismo axiomático no discurso jurídico, buscando verificar a mudança de paradigma, na qual o uso do silogismo antes visto como capaz de garantir ao raciocínio jurídico o “status” de conhecimento e não mera *opinio juris*, passou a ser visto como um mero modelo de apresentação das decisões. Neste contexto, busca-se avaliar como a racionalidade do discurso é percebida com base nos critérios críticos do intérprete jurídico nos *hard case*, pelo qual detém a formação do campo jurisdicional, dado que é o intérprete quem atribuirá significado ao significante normativo.

Palavras-chave: Pragmática do discurso jurídico. Filosofia da linguagem e *hard case*.

1. LINGUAGEM E FILOSOFIA

Segundo a teoria ontológica da língua de Aristóteles, o conhecimento humano sobre a realidade circundante é formado quando os sentidos capturam informações e o intelecto a lapida em um conceito uno

¹ Este trabalho foi orientado pelo Prof. Dr. Arnaldo Bastos Santos Neto na Universidade Federal de Goiás. Constitui produção científica vinculada ao Projeto de Pesquisa: ‘Políticas Públicas e Jurisdição Constitucional: Controle de Constitucionalidade e Inclusão Social’ e financiado pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico, por meio do projeto de trabalho “A Racionalidade Tópica de Theodor Viehweg e a judicialização das Políticas Públicas”.

(simplex). Esse movimento é chamado de simples apreensão, enquanto o ato que o intelecto utiliza para expressar o conceito (simplex) é a definição. Nesse sentido, há uma correspondência entre o intelecto e a razão humana (GARDEIL, 2013, p. 20).

A linguagem e o discurso, embora fossem objetos da filosofia grega sua consistência não fora abarcada em completude, porque a tradição aristotélica nega a Retórica como exercício filosófico. Para o filósofo grego um discurso só poderia ser tido como verdadeiro se em sua base de cognição estiver uma operação axiomática, ou seja, seria *apodítico*, enquanto, por outro lado, as construções retóricas seriam *dialéticas*, pois integrariam “argumentos que concluem com base em premissas aceitas pela comunidade” (FERRAZ JUNIOR, 2008, p. 303).

No século XX, Ludwig Wittgenstein (1984) abandona a referência metafísica como critério para valorar o discurso como verdadeiro e assume uma postura ligado ao mundo do real, ou seja, o mundo no espaço-tempo em que é percebido é constituído de fatos independentes e a linguagem é verdadeira quando atinge tais fatos.

Wittgenstein, sob influência de Bertrand Russell, visualizou uma nova perspectiva quanto à racionalidade. Para Russell “[...] toda lógica de Aristóteles seria refutável, exceto a doutrina do silogismo que não teria serventia alguma a não ser no raciocínio jurídico” (PARINI, 2018, p. 97). Com base nisso, Wittgenstein defende que “as proposições lógicas revelam a estrutura da linguagem que, por sua vez, manifesta a estrutura do mundo” (CHALITA, 2010, p. 69). Desenvolve-se, então, uma outra concepção da manifestação linguística, na qual o aspecto pragmático da língua ganha destaque sobre o semântico e sintático. O universo circundante é compreendido como constituído essencialmente pela linguagem. A Retórica passa a ser considerada como Filosofia, ainda que não investigue a verdade por considerá-la inatingível:

[...] os seres humanos não têm um ambiente natural, não porque sejam superiores e se adaptem a qualquer meio, mas porque seu único ambiente é a linguagem, a qual levam consigo e os obriga a construir seu próprio mundo, sua própria representação como indivíduos e como grupos sociais (ADEODATO, 2017, p. 19).

A virada linguística renunciou à teoria ontológica da língua sobre as razões do conhecer humano, porque não dividiu, de um lado, a relação entre o pensamento e a comunicação humana de eventos reais, de outro. O conhecer depara-se com o mundo no espaço-tempo em que está inserido, por meio de generalizações linguísticas que codificam uma razão significante ao significado (ADEODATO, 2017, p. 17). Ou seja, a expressão está ligada a uma situação, deste modo, o ato de denominação é o produto de uma atividade socialmente finalística (FERRAZ JUNIOR, 2015, p. 72).

A atribuição do significante ao significado não tem um fundo metafísico compartilhado pela comunidade linguística. Após a enunciação do discurso, o enunciador não tem controle de como a mensagem será interpretada, pois há uma historicidade no ato interpretativo (GADAMER, 2005, p. 408). O presente trabalho identifica que é possível presumir o sentido possível que será dado, tendo como critérios para a presunção i) o acordo da língua; ii) o uso corrente da linguagem e iii) a correspondência de um dado intuitivo.

O sentido último do discurso é descodificado a partir do horizonte hermenêutico do intérprete que é construído no espaço-tempo. O resultado da interpretação é inatingível *a priori* pelo orador no momento da enunciação do discurso: a *intentio auctoris* não coincide na linha do tempo com a *intentio operis*.

2. LINGUAGEM E DISCURSO

Ante a posição do intérprete referida acima é possível identificar que o ouvinte não é apenas um *theorós*², mas alguém diretamente vinculado à ação comunicativa. Todo discurso no qual o ouvinte defronta-se autorizado a intervir diligentemente na situação comunicativa é uma ação linguística dialógica. Quando se afirmar que orador e ouvinte estão em situação comunicativa, diz-se que ambos consideram-se no discurso (FERRAZ JÚNIOR, 2015, p. 26-27)

² Aquele que assiste ao espetáculo sacro. cf. Jürgen Habermas, *Erkenntnis und Interesse*, Darmstadt, 1971, p. 334. In: FERRAZ JÚNIOR, 2015, p. 27.

O orador não é apenas quem propõe o objeto do diálogo, mas é um ser em situação, enquanto o ouvinte não é apenas um partícipe, mas um agente em situação, construindo expressão de si próprio. O ouvinte ao interferir na discussão ele também é influenciado por ela, como uma reação do seu agir, diante disso, é impossível desassociar a ação linguística do seu emissor. Observe que, em situação, tanto orador quanto ouvinte estão ligados à ação comunicativa, cabendo ao emissor da mensagem o dever de prova, donde as posições de emissor e receptor se alternam (FERRAZ JÚNIOR, 2015. p. 26-27). No ponto, o dever de prova corresponde às provas técnicas aristotélicas – *Patos*, *Etos* e *Logos* – sem as quais o discurso enunciado não tem credibilidade perante o ouvinte (ARISTÓTELES, 2007).

A partir do dever de prova, Ferraz Junior (2015. p. 26-27) cria três regras gerais para o discurso dialógico. A primeira que I) toda ação linguística pode ser questionada; a segunda, deriva-se da primeira sob o risco de pragmaticamente reduzir o discurso a uma derivação ao infinito, consiste que; II) a ação linguística primária do orador não pode ser questionada pelo ouvinte, sendo esta ação linguística o objeto do discurso; e III) a ação linguística primária não pode ser questionada, nem pelo orador. De forma simplificada pode ser reduzida à máxima: Com exceção da ação linguística primária, toda ação linguística proposta pelo orador pode ser questionada pelo ouvinte.

Sob um ângulo complementar, a reflexividade do *dubium* funda um esquema plurivetorial de possibilidades, a qual aumenta a complexidade da questão posta no discurso dialógico. O esquema plurivetorial permite estratégias orientadas na prática para solução da questão, na qual o centro das estratégias é constituído por *topoi*,³ ou seja, “são os *topoi* que se revelam para os partícipes da discussão na determinação mesma da questão, que organizam e delimitam o alcance das estratégias” (FERRAZ JÚNIOR, 2015. p. 36). Com a tópica o discurso dialógico ganha historicidade, pois no emprego das premissas apreendidas pela experiência não é possível separar a história do momento situacional. Desse modo, o *topos*

³ *Topoi* são formas vigentes da experiência, empregada na solução de problema. Cf. VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979, também, Aristóteles, *Retórica*, 2, 1.358 a ss.;

revela-se uma operação estruturante do discurso dialógico no esquema plurivetorial das estratégias (FERRAZ JÚNIOR, 2015. p. 36-37).

3. PRAGMÁTICA DO DISCURSO E O RACIOCÍNIO JURISDICIONAL

Antes da virada pragmática, a argumentação jurídica fundamentava a racionalidade do seu discurso em um encadeamento lógico. Para isso, criaram-se categorias de dimensões semânticas como neutralidade e imparcialidade, critérios de racionalidade extrínseco ao discurso. Dentre as provas técnicas aristotélicas, o *logos* deveria se sobrepôr em relação ao *patos* e ao *etos*, cujo objetivo era a neutralização do discurso jurídico. Derivado deste pensamento é que hoje a figura do magistrado é representada, no uso corrente da linguagem jurídica, como personificação de um órgão jurisdicional e não como um ser humano dotado de uma subjetividade, com níveis de complexidades, com uma vivência no mundo particular e um subconsciente que se manifesta no momento de fala (PARINI, 2018, p. 107).

Na Filosofia do Direito, como em outros ramos do pensamento humanístico, após o giro linguístico, a dimensão pragmática da linguagem ganha ênfase sob a sintática e a semântica, ou seja, o giro linguístico abriu as portas para um giro pragmático (ATIENZA, 2017, p. 85). Nesse sentido, a concepção pragmática da argumentação visualiza um limite ao enfoque formal e material da argumentação à medida que se muda o enfoque dos atores. Sob influência de Bertrand Russell, uma nova perspectiva quanto a racionalidade do Direito se abre, pois para ele “[...] toda lógica de Aristóteles seria refutável, exceto a doutrina do silogismo que não teria serventia alguma a não ser no raciocínio jurídico.” (PARINI, 2018, p. 97).

Nesse momento, a lógica incorporada aos esquemas é derrotável e não monótona. Os partícipes vão mudando de posição à medida que surgem mais informações e suas jogadas não estão fixadas unicamente por regras previamente constituídas, mas por regras dadas em contexto, que determinam quem detém o dever de prova (ATIENZA, 2017, p. 85). Nesse linear, até mesmo o dever de prova altera-se na relação ouvinte-orador.

Sob o olhar da argumentação jurídica, nos anos 50, surgiram teses de raciocínio jurídico cujo núcleo teórico não era construído a partir de inferências dedutivas. Theodor Viehweg (1979) estabeleceu que o diferencial do modo de pensar jurídico está no que Aristóteles denominou de *tópica*, em que os *topoi*, não seriam “*ars iudicandi*, uma técnica referida à passagem das premissas à conclusão, mas sim uma *ars inveniendi*, voltada à descoberta das premissas e centrada na noção de problema”. Outra teoria importante foi a de Chaïm Perelman (2014) na qual contrapôs argumentos lógicos-dedutivos e os retóricos, bem como, Stephen E. Toulmin que se opôs ao estudo catedrático dos argumentos em formais e materiais e se propôs a estudar o enfoque procedimental e dialético existente (ATIENZA, 2017, p. 34).

Ainda sob a ótica da argumentação jurídica, nos anos 70, a busca epistêmica não é mais por um contraposto ao dedutivismo. Neil MacCormick (2010) e Robert Alexy (1989) visualizam formas de justificar as decisões judiciais nos casos difíceis. Alexy (1989) defende que a argumentação jurídica deveria ser concebida como um “[...] caso especial do discurso prático geral”. Ao passo que, MacCormick (2010) aprimorou a jurisprudência analítica do Herbert Hart, baseando-se na filosofia da linguagem ordinária, defendendo que os conceitos jurídicos precisavam de “clarificação da fala” e não elaboradas construções ontológicas (MACCORMICK, 2010, p. 23). Curiosamente, MacCormick propõe uma nova compreensão dos métodos jurídicos, mas ainda adota a teoria do silogismo como metodologia de produção do Direito (PARINI, 2018, p. 97).

A pragmática do discurso e o conceito de Direito de Hart surgem a partir da filosofia wittgensteriana, compreendendo que, embora o ordenamento jurídico seja representado por um sistema de normas gerais, ele não se circunscreve a elas (MORRISON, 2006, p. 43). Assim, é possível visualizar a influência do pensamento de Wittgenstein, na ideia de textura aberta do Direito e nas regras como proposições linguísticas (HACKER, 1977, p. 1-25).

Percebe-se a conformação entre ideia de textura aberta do Direito e o pensamento de Wittgenstein. Hart vê o Direito como parte de uma realidade construída na cultura humana, viva em suas dinâmi-

cas sociais, e que, embora representada por um sistema de normas gerais, não se reduz a elas, mas se comunica com a força vital da qual se origina. É esta comunicação que fornece seus significados e o legitima. As regras, usando aqui terminologia de Hart, são também proposições linguísticas. As regras são elaboradas e dadas aos seus destinatários em processos de comunicação, que se incluem no que Wittgenstein chamou jogos de linguagem. E sua validade e eficácia se verificam pelo uso, são uma questão prática. (MACHADO, 2015, p. 111-123).

O silogismo, nesse contexto, antes visto como capaz de garantir ao raciocínio jurídico o “status” de conhecimento e não mera *opinio juris* é visto como um mero modelo de apresentação das decisões e não como modelo de decisão racional pura (PARINI, 2018, p. 98). A racionalidade do discurso é percebida com base nos critérios críticos do ouvinte, pois é o intérprete quem detém a formação do campo jurisdicional, dado que é ele quem atribuirá significado ao significante normativo. Melhor dizendo, a racionalidade do discurso jurídico é dada no contexto comunicativo e a partir da compreensão do auditório. Não existe, assim, racionalidade anterior ao discurso ou fundada no método, a racionalidade é atribuída na corporificação de fala e a partir da criticidade do auditório.

No particular, a exigência do silogismo na apresentação do raciocínio jurisdicional é para garantir a legitimidade do argumento jurídico, pois decisões sem um processo de construção são consideradas ilegítimas por serem arbitrárias. O silogismo, então, por ter seu modo de operação a partir do entrelaçamento de premissas até uma conclusão, permite uma apresentação da decisão que pode ser defendida ou refutada em sua base de cognição. Isto é, a construção silogística permite a atacabilidade das premissas utilizadas e, assim, garante a construção do diálogo.

O ordenamento jurídico positivo, ao prever o dever de fundamentação, como ocorre no art. 93, inciso IX da Constituição da República Federativa do Brasil, requisita a apresentação das premissas por ser o Estado brasileiro um Estado Democrático de Direito. Assim, pelo princípio democrático as razões de decidir devem ser apresentadas, por uma exigência do formato de Estado e ser o magistrado um membro do Estado. É no princípio democrático que se fundam os motivos pelos quais

as decisões são apresentadas por meio de silogismo. No entanto, a dedução enquanto método não é capaz de *a priori* garantir a racionalidade do discurso.

A pragmática, assim, humaniza o decisor, pois permite que ele se manifeste como ser humano no espaço-tempo das decisões, no ato comunicativo e não como órgão jurisdicional. O silogismo é um modo de apresentação das decisões, no entanto, em casos difíceis ele pode ser suprimido por outro método de apresentação das razões de decidir. Isso permite uma visão realista do Direito na medida em que observa o fenômeno jurídico como ato humano, o decisor é sempre um ser no tempo (GADEMER, 2005).

Não obstante, é possível que em alguns casos mais burocráticos e técnicos, nos quais o decisor não tenha nenhuma opinião prévia, o julgamento se dê na procura de material jurídico antes da formação da decisão e o arranjo do raciocínio gnosiológico se dê por silogismo (STRUCHINER, 2018, p. 48). Todavia, em casos como a pesquisa com células troncos (ADI 3.510), antecipação terapêutica de parto de fetos anencefálicos (ADPF 54), liberdade de expressão (HC 83.996), igualdade racial (RE 597.285), liberdade de informação (ADPF 130) e liberdade de reunião (ADPF 187) as razões de decidir foram apresentadas por construções comunicativas não silogísticas. Em tais casos, a reflexividade plurivetorial do *dubium* conduziu à conclusão por meio de *topoi* e, assim, as razões de decidir foram demonstradas pela incidência do *locus*.

É importante explicar que isso não implica uma teoria realista extremada, segundo a qual há uma completa indeterminação do direito, tendo em vista a pluralidade das fontes, dos métodos interpretativos e da vagueza da linguagem, podendo conduzir à conclusão de que, “[...] recorrendo ao direito, é possível encontrar qualquer tipo de roupagem, de fundamento, para qualquer decisão que seja alcançada por outro meio” (STRUCHINER, 2018, p. 48).

Para Noel Struchiner (2018) a teoria realista da indeterminação do direito pode ser comparada ao teste de Rorschach em que o intérprete vê na imagem o que quer ver. O Direito exige, no entanto, um *standart* em sua razão gnosiológica, pois sua construção não se dá em uma interpretação pessoal do jurista, mas ela é posta à reflexividade plurivetorial do

dubium e à discussão em um momento comunicativo, ou seja, sua construção e constituição exige uma interação com o ouvinte e não um ato isolado de interpretação. Portanto, o raciocínio jurisdicional é dado em um agir linguístico com outras criaturas jurídicas, não sendo, assim, semelhante ao teste de Rorschach que é uma interpretação subjetiva e personalíssima.

Nesse linear, ante os casos de indeterminação do direito não é autorizado ao intérprete recorrer a interpretações puramente subjetivistas, mas sua racionalidade será posta à reflexividade do *dubium*, em que seu caráter genérico demonstra uma discussão de problemas, na qual a conexão racional com a solução encontra referência nas próprias premissas, devendo ser construída no momento comunicativo (FERRAZ JÚNIOR, 2015, p. 104).

Fica claro, portanto, que a dimensão realista da pragmática é visualizada quando se identifica que os silogismos não são capazes de *a priori* garantir a racionalidade ao discurso, pois ela se dará no espaço-tempo da ação comunicativa, ou seja, quando ouvinte e orador estarão em situação. Nesse linear, o silogismo é valioso para o raciocínio jurídico, pois permite apresentar as razões de decidir de forma a atender ao princípio democrático, mas ele não é imprescindível, podendo o intérprete utilizar outro modelo de organização, como ocorre no julgamento de casos difíceis.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dessa forma, com a pragmática do discurso jurídico a racionalidade axiomática, antes vista como capaz de garantir ao raciocínio jurídico o “status” de conhecimento e não mera *opinio juris*, é vista como um mero modelo de apresentação das decisões e não como modelo de decisão racional pura (PARINI, 2018, p. 98). A cognição primária do discurso é percebida com base nos critérios críticos do ouvinte, pois é o intérprete quem detém a formação do campo jurisdicional, dado que é ele quem atribuirá significado ao significante normativo. Melhor dizendo, a racionalidade do discurso jurídico é dada no contexto comunicativo e a partir da compre-

ensão do auditório. Não existe, assim, cognição anterior ao discurso ou fundada no método, a racionalidade será atribuída na corporificação de fala e a partir da criticidade do auditório.

A exigência do silogismo na apresentação do raciocínio jurisdicional é para garantir a legitimidade do argumento, pois decisões sem um processo de construção são consideradas ilegítimas por serem arbitrárias. O silogismo, então, por ter seu modo de operação a partir do entrelaçamento de premissas até uma conclusão, permite uma apresentação da sentença que pode ser defendida ou refutada em sua base de cognição, ou seja, a construção silogística permite a atacabilidade das premissas utilizadas e, assim, garante a construção do diálogo.

A pragmática humaniza o decisor, pois permite que ele se manifeste como ‘ser humano’ no espaço-tempo das decisões, no ato comunicativo e não como órgão jurisdicional. O silogismo é um modo de apresentação das decisões, no entanto, em casos difíceis ele pode ser suprimido por outro método de apresentação das razões de decidir. É no princípio democrático que se fundam os motivos pelos quais as decisões são apresentadas por meio de silogismo. No entanto, o silogismo, como método, não é capaz de *a priori* garantir a racionalidade do discurso.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. Retórica Realista e Decisão Jurídica. *R. Dir. Gar. Fund.*, Vitória, v. 18, n. 1, p. 15-40, jan./abr. 2017.

ALEXY, Robert. *A Theory of Legal Argumentation*. Oxford: Oxford University Press. 1989.

ARISTÓTELES. *Retórica*. Trad. Manuel Alexandre Júnior, Paulo Farmhouse Alberto e Abel do Nascimento Pena. 3. ed. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2005. (Col. Biblioteca de Autores Clássicos).

ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentação Jurídica*. Trad. Claudia Rosler. 1. ed. Curitiba: Alteridade, 2017. p. 85

CHALITA, Gabriel. *Vivendo a Filosofia*. 3. ed. São Paulo: Editora Ática, 2010.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Direito, Retórica e Comunicação: Subsídios para a pragmática do discurso jurídico*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 6. ed., São Paulo: Atlas, 2008.

GADAMER, Hans Georg. *Verdade e Método*. Tomo I. Tradução Flávio Meurer. Petrópolis: Vozes, 2005.

GARDEIL, Henri-Dominique. *Iniciação a filosofia de Santo Tomás de Aquino: introdução, lógica, cosmologia*. Tradução: Cristiane Negreiros Abbud Ayoub e Carlos Eduardo de Oliveira. São Paulo, SP: Paulus, 2013.

HACKER, P. M. S. Hart's Philosophy of Law. In: HACKER, P. M. S. RAZ, Joseph (Orgs.). *Law, Morality and Society: Essays in Honour of H. L. A. Hart*. Oxford, Clarendon Press, 1977. p. 1-25.

MACCORMICK, H. L. A. *Hart*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MACHADO, Roberto Denis. A Influência de Ludwig Wittgenstein no pensamento de H. L. H. *Revista de Estudos Jurídicos*, Minas Gerais. v. 2, n. 1, p. 111-123, 2015. ISSN: 2594-7397.

MORRISON, Wayne. *Filosofia do Direito: Dos Gregos ao Pós-modernismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

PARINI, Pedro. As Estruturas lógico-retóricas do raciocínio judicial. p. 97. In: REIS, Isaac (Org). *Diálogos sobre Retórica e Argumentação*. Coleção Direito, Retórica e Argumentação, v. 04. Curitiba: Alteridade, 2018.

STRUCHINER, Noel, Contexto de descoberta: Uma análise filosófica de aspectos psicológicos da argumentação jurídica. In: REIS, Isaac (Org.). *Diálogos sobre Retórica e Argumentação*. Coleção Direito, Retórica e Argumentação, v. 04. Curitiba: Alteridade, 2018.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

WITTGENSTEIN, L. *Investigações Filosóficas*. Trad. José Carlos Bruni. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

Capítulo V

GUIDELINES FOR REGULATION OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE: RESHAPING LIABILITY IN THE ALGORITHM ERA

CAROLINA STANGE AZEVEDO MOULIN

Abstract: This article aims to rethink how to apprehend the category of liability, applying it for unlawful acts resulting from actions of algorithms. It is located under the field study of “Law of Artificial Intelligence” or, shortly, “AI Law,” which seeks to understand the ethical, social, economic, cultural and legal implications of the development of autonomous decision-making algorithms. To build arguments to discuss the core question, it will directly dialogue with the ideas of Aimatai and Oren Etzioni. Other issues regarding economic and social consequences of AI, such as mass unemployment, job automation, universal basic income and reduction of working hours will be secondarily addressed, alongside with the necessity of internationalization to guarantee the effectiveness and enforcement of AI regulation.

Keywords: Artificial intelligence regulation. Civil liability. Internationalization of AI law.

METHODOLOGICAL NOTE

The intersection between law and artificial intelligence encompasses a dual aspect. The application of computational tools to increase the efficiency of the performance of legal operators, law firms, courts, and legislative and administrative bodies is frequently labeled “Artificial Intelligence for Law” or shortly “AI & Law.” This field of knowledge aims

to deploy artificial intelligence-driven technology to collect, extract and process meaningful information out of legal texts, optimizing the analysis of large numbers of documents by jurists. In this sense, lawtechs – startups that use technology to provide legal services – commonly in partnership with science production hubs such as universities and research centers, supply both private and public sector demand for automation of activities that require massive information processing in legal practice. On the other hand, research focused on the creation and interpretation of legal norms to regulate the use of artificial intelligence, “Law of Artificial Intelligence” or “AI Law,” seeks to understand the ethical, social, economic, cultural and legal implications of the development of autonomous decision-making algorithms. Intrinsically interdisciplinary, the branch of AI Law can be divided into six main topics¹: (i) the legal personality of humans and non-humans; (ii) AI and contractual obligations; (iii) AI and intellectual property; (iv) AI and civil liability; (v) AI and data protection and (vi) compared AI law.

As it aspires to provide guidelines for the regulation of the application of AI technology to various aspects of human life, this work relates to the AI Law approach. More specifically, the present article will try to answer how to apprehend the category of liability when it comes to unlawful acts “committed” by algorithms. We departure from two premises. The first one is that AI should be regulated. Surprisingly, the necessity of setting rules on the use of autonomous computational tools does not find consensus between academics. The reason might be that some scholars still share the original ideals with the formation of the internet, which hoped that the virtual world could be a horizontal, cooperative and free space. Nevertheless, just as the internet, artificial intelligence is a technology that, devoid of supervision, can be easily used to the commitment of unlawful acts. The second premise is that the effectiveness of AI regulation necessarily depends on the adoption of international parameters for its application. Nations, competing among themselves for technological primacy or hegemony, will tend to overlook the dangers

¹ LAWGORITHM. *What is Lawgorithm?* Available at: <<https://lawgorithm.com.br/en/about-us/>>. Access in: 06/03/2020.

involved in leaving the development of AI in a legal vacuum, afraid that restricting or regulating the use of AI will leave them behind in the technological race.

1. INTRODUCTION

From driverless cars to autonomous weapons, Apple's SIRI to IBM's Watson, Google's search mechanism to Spotify and Netflix's recommendation settings, artificial intelligence is increasingly present in human's lives. Computational learning tools today are tused for a vast range of cognitive activities: medical diagnosis, personalized marketing, automated surveillance techniques, financial investment advisory, search for information, vehicle steering, consumer behavior monitoring, transport logistics, product delivering, scheduling and executing industrial production processes. Undoubtedly, some of these technologies have the potential to facilitate and improve human life, but they also present substantial problems. Some application of AI are ethically questionable (e.g., use of algorithms in social media to influence political elections, as happened in the Facebook - Cambridge Analytica scandal²), potentially dangerous (e.g., killer bots or autonomous machines) or raise broader systemic challenges (labor displacement through AI automation). The question of whether will AI make society more efficient, better and safer or be a threat to human civilization depends on how humanity will handle the historic opportunity to shape these intelligent tools. As the number of machine-human interactions exponentially grows, equally increases the importance of thinking practical answers to ethical and legal dilemmas posed by AI implementation.

² The Facebook–Cambridge Analytica data scandal was a major political scandal in early 2018. It was revealed that Cambridge Analytica harvested the personal data of millions of people's Facebook profiles without their consent and used it for political purposes. NICHOLAS, Confessore. Cambridge Analytica and Facebook: The Scandal and the Fallout So Far. THE NEW YORK TIMES. [2018]. Available in: <<https://www.nytimes.com/2018/04/04/us/politics/cambridge-analytica-scandal-fallout.html>>. Access in: 09/12/2018.

A California police officer stopped a Google self-driving car for driving too slowly and impeding the traffic³. Who should have the police officer cited: the passenger, the owner, the programmer, the car's computer or Google? The giant tech corporation is also facing allegations that its search engine is discriminating against women by showing them ads for well-paying jobs less frequently than to men⁴. In the last case, who or what should be held liable for the discrimination caused by biased algorithms? Was there intent? How can the programmer prevent his or her code mechanisms to commit unlawful acts? Are people capable of deterring offenses by these autonomous decision-making instruments? Situations such as the described above raise questions on liability for illegal acts resulting from algorithms actions.

Massive use of AI also raises economic and social challenges with regard to labor market transformation. The first wave of labor replacement of humans by machines happened during the industrial revolution in the late 18th and early 19th century, when mechanical engines substituted people in manual work. The automation phenomenon carried out on the 21st century, however, has a much more disruptive potential than the former one, given that algorithms are now outperforming people in what has always been a human differential from other animals: cognitive tasks.

Which remedy will governments put in practice to minimize the adverse effects of mass unemployment resulting from algorithm automation? A piece of software, written by a few programmers, does the work that was previously carried out by several hundred thousand people. Changes in the job market are happening so fast that providing unemployed people professional training courses might not be effective: for example, by the time a 50 years-old jobless former truck driver replaced by autonomous vehicles completes a digital marketing course offered by the government, algorithms could be already replacing also creative ad-

³ MELVIN, Don. *Cop pull over Google self-driving car, finds no driver to ticket*. CNN. [2015]. Available in: <<https://edition.cnn.com/2015/11/13/us/google-self-driving-car-pulled-over/>>. Access in: 09/12/2018.

⁴ BROWN, Kristen V. *Google showed woman ads for lower paying jobs*. SPLINTER. [2015]. Available in: <<https://splinternews.com/google-showed-women-ads-for-lower-paying-jobs-1793848970>>. Access in: 09/12/2018.

vertisement professions. The software can override even the job of the programmers themselves: the new developments in AI have made possible software that designs other software. Given these circumstances, how will a jobless society look like? Whether income inequality will reach levels never before seen or humanity will thrive in an unprecedented prosperity standard depends on which legal, social and economic structures governments and civil society will be built to deal with the distribution of the wealth produced by robots.

2. DEFINING AI: CHARACTERISTICS, BENEFITS, AND RISKS

There is much misunderstanding about the definition of artificial intelligence. AI is continuously portrayed in films and books as human-like robots that suddenly acquire consciousness, become malevolent and try to destroy humanity. The reality, however, is entirely different.

AI can be defined as the activity devoted to making machines intelligent, envisaging intelligence as the quality that enables one entity to function appropriately and with foresight in its environment⁵. The expression was first coined by John McCarthy in 1956 when he described artificial intelligence as the “science and engineering of making intelligent machines.”⁶ Like human intelligence, machine intelligence is connected to the ability to think autonomously, processing and relating information, in an input-output system that allows it to accumulate learning and predict future patterns.

Specialists divide AI into two categories: narrow AI (or weak AI) and general AI (or strong AI). While narrow AI is designed to perform a narrow task (e.g., only facial recognition or only internet searches or on-

⁵ ETZIONI, Amitai; EZTIONI, Oren. *Should artificial intelligence be regulated?* (June 27, 2017). Issues in Science and Technology (issues.org), Summer 2017. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2993506>. Available in: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2993506>. Access in: 08/12/2018.

⁶ PEART, Andy. *Homage to John McCarthy, the father of Artificial Intelligence*. [2017]. Available in: <<https://www.artificial-solutions.com/blog/homage-to-john-mccarthy-the-father-of-artificial-intelligence>>. Access in: 09/12/2018.

ly driving a car), general AI is programmed to perform multiple cognitive functions⁷.

Both narrow and general AI share three characteristics⁸: (i) considerable autonomy; (b) high opacity; and (c) ability to learn. AI-driven technology is considered autonomous because it can make numerous choices on its own. These instruments use complex algorithms to respond to environmental inputs independently of real-time human input. The opacity of AI systems derive from three factors: (i) intentional opacity (the proprietary of the code wants to keep the algorithms secret); (ii) technical illiteracy (complexity and function of algorithms is beyond most of the people's comprehension); or (iii) scale of application (autonomous decision-making by the machine or the number of programmers involved, or both, generates an algorithm opaque even to the programmers). Finally, the ability to learn means that AI-instruments continually review changing conditions and the performance of the instruments they guide, and then modify the internal guidelines accordingly.

The benefits and advantages of the application of AI in various activities are enormous. Nevertheless, if left in a normative vacuum, AI-drive technology can also offer significant risks. Given the existence of various types and levels of AI, to properly structure a solid basis for AI Law, it is essential to keep in mind the differences between them. Driverless cars and autonomous weapons, even though operating under the same machine learning logic, do not offer the same risk to society. Therefore, it would be unwise to strictly forbid AI because of killer bots and, equally, to postpone the urgent need to regulate everyday use of AI alleging that some applications of the technology are harmless. Despite the particularities of each application of AI, however, the construction of general regulation guidelines can pave the way and provide a common ground to an AI legal framework.

⁷ FUTURE OF LIFE INSTITUTE. *Benefits and risks of artificial intelligence*. Available in: <<https://futureoflife.org/background/benefits-risks-of-artificial-intelligence/>>. Access in: 08/12/2018.

⁸ ETZIONI, Amitai; EZTIONI, Oren. *Keeping AI legal*. (February 2, 2016). *Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law* Vol. XIX: 1. Available in: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2726612>. Access in: 08/12/2018.

3. LIABILITY FOR UNLAWFUL ACTS RESULTING FROM AI ACTIONS

In 1942, Isaac Asimov introduced his three laws of robotics⁹: (i) a robot may not injure a human being or, through inaction, allow a human being to come to harm; (ii) a robot must obey the orders given it by human beings, except when such orders would conflict with the previous law; and (iii) a robot must protect its own existence as long as such protection does not conflict with the previous two laws.

Asimov's rules reflected the perception humanity had about intelligent machines in the early 20th century: human alike robots that would become conscious and take revenge on people for having creating them for serfdom.

Almost 80 years later, AI development and dissemination have led to regulatory needs beyond those expressed by Asimov. In 2017, Oren Etzioni synthesized today's concerns about AI in three complementary rules¹⁰: (i) an AI system must be subject to the full gamut of laws that apply to its human operator; (ii) an AI system must clearly disclose that it is not human; and (iii) an AI system cannot retain or disclose confidential information without explicit approval from the source of that information.

Etzioni's rules apply to individuals, corporations, and governments. One can argue that his statement is redundant, given that the majority of modern legal orders already determines that humans shall be held liable for the harm caused by their underage children, animals or goods. If an object falls from a person's house window and breaks another person's car, the owner of the house is obliged to indemnify the owner of the vehicle to the extension of the damages caused, regardless of intentionality. If a ten-years-old kid borrows the bike from his neighbor and accidentally destroys it, his legal tutors (usually the parents) will have to pay for the damage. If a dog bites a pedestrian on the street, its owner will have to indemnify the injured person. What would then differentiate a trivial ob-

⁹ ASIMOV, Isaac. *Histórias de robôs*. L&PM Editora, Porto Alegre: 2010.

¹⁰ EZTIONI, Oren. *How to regulate artificial intelligence*. THE NEW YORK TIMES. [2017]. Available in: <<https://www.nytimes.com/2017/09/01/opinion/artificial-intelligence-regulations-rules.html>>. Access in: 08/12/2018.

ject, an underage child and an animal from an AI system, for determining liability on those cases?

The answer is that unlike inanimate objects, AI is capable of autonomous decision-making; differently from children, AI is highly opaque, frequently offering no accountability or traceability of its actions; and distinctly from animals, AI has the capacity of deep learning.

Suppose a bank is being sued for discriminating black people in credit analysis. In defense, the bank argues that information processing and decision-making in credit analysis is wholly executed by an algorithm and that in the original programming code no variable was included regarding the individual's skin color. The computer, therefore, must have acquired the biased tendency autonomously. To trace the decision-making processes made by the algorithm, however, is an extraordinarily complex task, not rarely impossible. Considering the evidence of non-intention, should the bank be held liable by negligence? Are there available tools to monitor and supervise AI algorithms, to prevent or remedy autonomous decision-making that will lead to the violation of legal rules?

Concerned with the enforcement of the before mentioned rules, Amitai and Oren Etzioni suggest that law needs smart instruments to deal with smart instruments¹¹. They propose the development of two categories of AI: (i) first tier AI, consistent of operational AI programs; and (ii) second tier AI, or AI Guardians, composed of oversight AI programs that review the first category's decision-making and keep the decisions in line with the law. AI Guardians would include AI programs to interrogate, discover, supervise, audit, and guarantee the compliance of operational AI programs.

Just as corporations are monitored by auditors and governmental bodies are overseen by supervisors, AI operational programs could be overlooked by a slew of AI Guardians to prevent deviations from the instructions incorporated into AI programs by their human designers. An AI Guardian could play a vast range of oversight roles. They could determine if AI operational programs observe privacy laws whether such syste-

¹¹ ETZIONI, Amitai; EZTIONI, Oren. *Keeping AI legal*. (February 2, 2016). Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law Vol. XIX: 1. Available in: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2726612>. Access in: 08/12/2018.

ms use illegally obtained information¹², or even whether the abuse was a deliberate act on the part of the programmers or came as a result of the operation of the AI system. AI Guardians could investigate if financial planning software directs its users to investments or insurance plans in which those who developed the program have a financial interest. The monitoring instruments could also verify if search engine results are biased in favor of the advertisers of the search provider. AI Guardians could prevent continuous surveillance of people in public spaces and cybernation of sensitive information, by tracing automatic erasure of information stored in data centers.

Using AI, not humans, to monitor AI has the advantage of efficiency: computers take significantly less time and resources than a human to carry such reviews, if a person could execute this mission in the first place. As Amitai and Oren Etzioni point out¹³, second-tier AI does not solve the philosophical question raised in Ancient Greece: “who guard the guardians?” All systems are fallible – perfection is still unreachable to both humans and machines. However, a minimum of supervision of intelligent autonomous machines is undoubtedly a way to improve the interactions between humans and AI.

Etzioni’s principles, far from exhausting the situations involving AI that require regulation, constitute a departure point for the discussion about liability for unlawful acts resulting from algorithms’ actions. The application of his three statements together with the legal institutes of negligence and duty to prevent harm can be unfolded in the following prepositions:

First Statement. An AI system must be subject to the full gamut of laws that apply to its human operator, clearly disclose that it is not human

¹² The third rule proposed by Etzioni is today inserted in the European *General Data Protection Regulation (GDPR)* and the Brazilian *Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD)*. Article Six, GDPR: Processing shall be lawful only if and to the extent that at least one of the following applies: (a) the data subject has given consent to the processing of his or her personal data for one or more specific purposes; [...]. Art. 7º, LGPD: O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses: I - mediante o fornecimento de consentimento pelo titular; [...]. AI Guardians could also be used to guarantee enforcement of GDPR and LGPD norms.

¹³ ETZIONI, Amitai; ETZIONI, Oren. *Keeping AI legal*. (February 2, 2016). *Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law* Vol. XIX: 1. Available in: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2726612>. Access in: 08/12/2018.

and cannot retain or disclose confidential information without explicit approval from the source of that information.

Second Statement. The responsibility for ensuring compliance with the first statement lies: (a) with the software developers, if the law violation occurs due to an act committed in the creation and programming of the source code; or (b) with the software operators, if the law violation occurs due to an act committed in the operational use of the software.

Third Statement. The software developers and operators should do what is reasonably within their power to prevent law violation by an AI system. If necessary, developers and operators should employ AI supervisor instruments to monitor AI operational instruments' compliance with the first statement. The absence of adequate means of monitoring is considered negligence and entails the obligation to indemnify by the developer or operator to the victim, in case of law violation by an AI system.

Fourth Statement. The liability of the developer or the operator may be mitigated or waived if adequate control mechanisms are proven to be employed but were insufficient to prevent harm.

The four general rules above detailed could serve as the basis for the construction of a theory of responsibility for acts practiced by AI. Increasingly present in the most varied areas of human life, artificial intelligence challenges the legal limits of the traditional figure of responsibility by adding a complex variable in the dynamics: an instrument capable of autonomous decision-making and deep learning, but nearly impossible to be dissected by the human mind using manual tools. Hence, it is urgent that legal operators, together with the scientific community, deepen studies on the implications of AI use, to adapt legal norms to the new needs arisen with the intense technological development at this beginning of the 21st century.

4. INTERNALIZATION OF AI LAW

Even though criticism is getting louder on the growing legal vacuum in virtually every domain affected by technological advancement, particularly AI, few initiatives to regulate artificial intelligence have flou-

rished. A possible reason for this generalized legislative lethargy is the fact that the national governments fear that imposition of restrictions on the development and use of AI may leave them behind in the global race for technological hegemony.

The United States, the European Union, and the United Kingdom have indicated the necessity to balance the application of artificial intelligence safely, thus avoiding risks and violations of principles and human rights, without thereby blocking innovation.

The North American National Science and Technology Council published in October 2016 a report called “Preparing the Future of Artificial Intelligence,”¹⁴ which provided 23 recommendations to encourage private and public institutions to examine whether and how they can responsibly leverage AI and machine learning in ways that will benefit society.

The European Group on Ethics in Science and New Technologies, a research group related to the European Union, released in March 2018 a “Statement on Artificial Intelligence, Robotics, and ‘Autonomous’ Systems.”¹⁵ The paper listed several ethical principles and democratic prerequisites to be observed in AI application, such as human dignity, autonomy, responsibility, justice, equity and solidarity, democracy, rule of law and accountability, security, safety, bodily and mental integrity, data protection and privacy, and sustainability.

The British government, embodied in the Select Committee on Artificial Intelligence, issued in April 2018 a study named “AI in the UK: ready, willing and able?”¹⁶ The report covered several areas impacted by AI, such as healthcare, education and labor market, and provided detailed recommendations to the public and private sectors, in a similar attempt to the American to foster innovation without compromising human rights.

¹⁴ EXECUTIVE OFFICE OF THE PRESIDENT NATIONAL SCIENCE AND TECHNOLOGY COUNCIL. *Preparing for the future of artificial intelligence*. Washington DC, 2016. Available in: <https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/whitehouse_files/microsites/ostp/NSTC/preparing_for_the_future_of_ai.pdf>. Access in: 08/12/2018.

¹⁵ EUROPEAN GROUP ON ETHICS AND NEW TECHNOLOGIES. *Statement on artificial intelligence, robotics and ‘autonomous systems.’* ISBN 978-92-79-80329-1 doi: 10.2777/531856 KI-04-18-224-EN-N. Available in: <https://ec.europa.eu/research/egp/pdf/egp_ai_statement_2018.pdf>. Access in: 08/12/2018.

¹⁶ SELECT COMMITTEE ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE. *AI in the UK: ready, willing and able?* Available in: <<https://publications.parliament.uk/pa/ld201719/ldselect/ldai/100/100.pdf>>. Access in: 08/12/2018.

In a different approach from the US, the UE, and the UK, the State Council of China announced in July 2017 its “Next Generation Artificial Intelligence Development Plan.”¹⁷ According to the project, China intends to be the world leader in AI by 2030. The achievement of global leadership is based on three stages. In all of them, the construction of comprehensive for legal, regulatory, ethical, and policy frameworks is highlighted. However, the plan does not mention the necessity of protecting individual rights.

If considered the effects of automation by algorithms on the labor market and income distribution, the relevance of internationalizing the debate becomes greater. In a highly globalized world, the development of superintelligent machines in the Silicon Valley, for instance, will not expel only American workers out of the job market but will mainly affect disqualified labor force in developing countries. If Uber manages to change its fleet to completely automated cars, for instance, 3 million drivers around the world will become overnight unemployed¹⁸. Developing countries have little or no structure to absorb by themselves the economic and social impact of mass unemployment resulting from algorithm automation.

Two scenarios are usually portrayed concerning robots becoming the main working class – as different from each other as heaven and hell analogies. According to the first one, people will then have the chance to spend more of their time with their families, friends, and neighbors in community activities and spiritual and cultural pursuits. With the adoption of a lifestyle filled with fewer material tasks, consumerism will decrease and, consequently, pressure on environmental resources will decline. Humanity, with the help of artificial intelligence, will make astonishing progress in life expectancy, cure of diseases, eradication of poverty, science discoveries and mobility – in other words, it will finally achieve paradise on Earth. The second prediction takes into account the

¹⁷ CHINA, State Council of. *A new generation artificial intelligence development plan*. Available in: <<https://chinacopyrightandmedia.wordpress.com/2017/07/20/a-next-generation-artificial-intelligence-development-plan/>>. Access in: 08/12/2018.

¹⁸ MADRIGAL, Alexis C. 3 Million Uber Drivers Are About to Get a New Boss. THE ATLANTIC. [2018]. Available in: <<https://www.theatlantic.com/technology/archive/2018/04/uber-driver-app-revamp/557117/>>. Access in: 09/12/2018.

possibility of repeating, on an augmented scale, the consequences of automation that happened in the first industrial revolution: increase in the concentration of means of production leading to social and economic inequality growth, fomenting violence, marginalization, political radicalization and xenophobic movements.

Whether to pursue the first scenario or prevent the concretization of the second hypothesis, cooperation between nations will be essential. Possible remedies to mitigate the adverse effects of AI dissemination, such as universal basic income and reduced working days and weeks can only be effective if put into practice by a significant amount of countries. Developing nations, historically deprived of economic and political autonomy and destined to the production of commodities, lack institutional structures to handle the disruptive shock AI will soon provoke in the labor market.

Therefore, for both reasons (AI-leading countries do not want to lose competitiveness, and developing countries need cooperation to face social and economic turbulence caused by mass unemployment) the internationalization of the debate on how to regulate AI is fundamental. A consistent international regulatory framework should be elaborated, with a new intergovernmental organization to serve as the focal point to streamline and coordinate national policymaking efforts¹⁹. The organization should unite a diverse group of stakeholders from the public sector, industry, and academic organizations, whose interdisciplinary expertise can support policymakers in the task of regulating this novel and complex area.

5. CONCLUSION

AI-driven technology offers humankind the possibility of reaching an unprecedented level of prosperity, but also of endangering the survival of civilization itself. The dissemination of AI application in the most varied areas of human life – from medicine to war, transport to agribusi-

¹⁹ ERDÉLYI, Olivia J.; GOLDSMITH, Judy. *Regulating artificial intelligence: proposal for a global solution*. (February 2, 2018). 2018 AAAI/ACM Conference on AI, Ethics, and Society (AIES '18), February 2--3, 2018, New Orleans, LA, USA doi/10.1145/3278721.3278731. Available in: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3263992>. Access in: 08/12/2018.

ness, education to the stock market –, raises the level of urgency to regulate situations in which unlawful acts are committed by AI machines. The field of legal knowledge AI Law seeks to investigate how to apprehend the category of liability in the algorithm era. Capable of autonomous decision-making and deep learning and often closed to accountability by humans, AI-instruments require a redesign in the concepts of intentionality and negligence.

This article suggests that, in order to comply with the three basic rules proposed by Etzioni (AI are subject to the same legal norms humans are; AI must disclose their condition when in contact with humans, and AI can only retain or disclose sensitive information with explicit consent), software developers and operators must employ all reasonable means. That includes, if necessary, the use of AI Guardians to monitor operational systems. While the absence of adequate means of monitoring should be considered negligence and entail the obligation to indemnification, the liability of the developer or the operator may be mitigated or waived if adequate control mechanisms are deployed.

With a view towards achieving effectiveness and enforcement of AI regulation, as well as avoiding the widening of regional inequalities, a new global organization composed by stakeholders from the public sector, industry and academics should be responsible for elaborating a consistent international regulatory framework the goal of guaranteeing humans rights protection without blocking technological innovation.

REFERENCES

ASIMOV, Isaac. *Histórias de robôs*. L&PM Editora, Porto Alegre: 2010.

BROWN, Kristen V. *Google showed woman ads for lower paying jobs*. SPLINTER. [2015]. Available In: <https://splinternews.com/google-showed-women-ads-for-lower-paying-jobs-1793848970>. Access In: 09/12/2018.

CHINA, State Council of. *A new generation artificial intelligence development plan*. Available In: <https://chinacopyrightandmedia.wordpress>.

com/2017/07/20/a-next-generation-artificial-intelligence-development-plan/. Access in: 08/12/2018. 27p.

ERDÉLYI, Olivia J.; GOLDSMITH, Judy. *Regulating artificial intelligence: proposal for a global solution*. (February 2, 2018). 2018 AAAI/ACM Conference on AI, Ethics, and Society (AIES '18), February 2--3, 2018, New Orleans, LA, USA doi/10.1145/3278721.3278731. 7p. Available in: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3263992. Access in: 08/12/2018.

ETZIONI, Amitai; EZTIONI, Oren. *Should artificial intelligence be regulated?* (June 27, 2017). Issues in Science and Technology (issues.org), Summer 2017. 8p. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2993506>. Available in: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2993506. Access in: 08/12/2018.

ETZIONI, Amitai; EZTIONI, Oren. *Keeping AI legal*. (February 2, 2016). Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law Vol. XIX: 1. 14p. Available in: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2726612. Access in: 08/12/2018.

EZTIONI, Oren. *How to regulate artificial intelligence*. THE NEW YORK TIMES. [2017]. Available in: <https://www.nytimes.com/2017/09/01/opinion/artificial-intelligence-regulations-rules.html>. Access in: 08/12/2018.

EUROPAN GROUP ON ETHICS AND NEW TECHNOLOGIES. *Statement on artificial intelligence, robotics and 'autonomous systems'*. ISBN 978-92-79-80329-1 doi: 10.2777/531856 KI-04-18-224-EN-N. Available in: https://ec.europa.eu/research/ege/pdf/ege_ai_statement_2018.pdf. Access in: 08/12/2018. 24p.

EXECUTIVE OFFICE OF THE PRESIDENT NATIONAL SCIENCE AND TECHNOLOGY COUNCIL. *Preparing for the future of artificial intelligence*. Washington DC, 2016. Available in: <https://obamawhi>

tehouse.archives.gov/sites/default/files/whitehouse_files/microsites/ostp/NSTC/preparing_for_the_future_of_ai.pdf. Access in: 08/12/2018. 58p.

FUTURE OF LIFE INSTITUTE. *Benefits and risks of artificial intelligence*. Available in: <https://futureoflife.org/background/benefits-risks-of-artificial-intelligence/>. Access in: 08/12/2018. 12p.

LAWGORITHM. *What is Lawgorithm?* Available at: <https://lawgorithm.com.br/en/about-us/>. Access in: 06/03/2020.

MADRIGAL, Alexis C. *3 Million Uber Drivers Are About to Get a New Boss*. THE ATLANTIC. [2018]. Available in: <https://www.theatlantic.com/technology/archive/2018/04/uber-driver-app-revamp/557117/>. Access in: 09/12/2018.

MELVIN, Don. *Cop pull over Google self-driving car, finds no driver to ticket*. CNN. [2015]. Available in: <https://edition.cnn.com/2015/11/13/us/google-self-driving-car-pulled-over/>. Access in: 09/12/2018.

NICHOLAS, Confessore. *Cambridge Analytica and Facebook: The Scandal and the Fallout So Far*. THE NEW YORK TIMES. [2018]. Available in: <https://www.nytimes.com/2018/04/04/us/politics/cambridge-analytica-scandal-fallout.html>. Access in: 09/12/2018.

PEART, Andy. *Homage to John McCarthy, the father of Artificial Intelligence*. [2017]. Available in: <https://www.artificial-solutions.com/blog/homage-to-john-mccarthy-the-father-of-artificial-intelligence>. Access in: 09/12/2018.

SELECT COMMITTEE ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE. *AI in the UK: ready, willing and able?* Available in: <https://publications.parliament.uk/pa/ld201719/ldselect/ldai/100/100.pdf>. Access in: 08/12/2018. 183p.

Capítulo VI

A LIBERDADE NO *PLAYGROUND*: O BEM COMUM E A PESSOA

LILIANA BITTENCOURT

Resumo: A perplexidade de vários filósofos e filósofos políticos contemporâneos volta-se, com frequência, para a questão da liberdade *versus* segurança, bem como para a legitimidade dos regimes vigentes ou que pretendem ter algum poder governante. As anotações deste artigo são comentários a uma questão que foi exposta por Charles De Koninck em 1943, questão que é nuclear para a proposta de uma solução do problema que gera a referida perplexidade: como equilibrar, com estabilidade, a dignidade da pessoa humana e a limitação da liberdade de suas ações em razão do bem comum, *bonnum commune*. Para tanto, e após apresentação da questão em si, faz-se um voo rasante sobre o panorama da linguagem filosófica aristotélico-tomista para se estabelecer uma base comum de comunicação sobre a matéria e a forma discutidas. Em seguida, expõe-se o que pode ser o perigo de se isolar a liberdade da ordem do todo, e o outro perigo que é tomar o bem de uma coletividade personificada como sendo o bem comum. Finalmente, propõe-se que fazer um caminho de retorno às bases do direito natural é uma necessidade para restaurar a confiança em soluções políticas.

Palavras-chave: Bem-comum. Liberdade. Bases do direito natural.

A busca por uma luz firme para iluminar os caminhos das nossas sociedades é um tema frequente na saga da filosofia política. Uma luz que não se mostre um fogo-fátuo, mas um sol no zênite. O bem comum tratado por São Tomás de Aquino foi apontado pelo filósofo Charles De Koninck como o princípio que ilumina essa senda. Seu pequeno livro, *La Primauté du Bien Commun contre les Personalistes*, de 1943, provocou um ribombo no meio neotomista, e que se propaga até os dias que correm.

Logo após a publicação do opúsculo, saíram em defesa de Jaques Maritain, conhecido personalista contemporâneo, seus amigos Yves Simon e I. Th. Eschmann, em duas críticas distintas entre si, tendo a deste último merecido uma longa resposta do autor criticado.

O Padre Eschmann não se resignava com a observação de Koninck de que “*dans l’univers même, les personnes ne sont voulues que pour le bien de l’ordre de l’univers, bien commun intrinsèque meilleur que les personnes singulières que le constituant matériellement*”. Em sua oposição, ele, o defensor de Maritain, pretendeu que De Koninck teria dito que as pessoas seriam *partes materiais constituindo e compondo materialmente* a ordem do universo e o bem comum, e que daí se concluiria que as pessoas seriam meros pistões em uma máquina a vapor (ESCHMANN, 2020, online).

No entanto, a redação original de Koninck (1943. p. 20) não incluía a palavra *materiais*, sendo a real expressão *partes materialmente constituindo a ordem do universo*. Segundo seu texto original, os personalistas desejariam que a ordem do universo fosse uma superestrutura de pessoas que Deus havia querido, não como partes, mas como todos radicalmente independentes, os quais somente seriam partes em segundo lugar (acidentalmente, talvez?). Mais adiante, mais detalhes sobre o personalismo e a objeção de Koninck.

O ponto aqui é saber qual é a relação entre a pessoa humana e a sociedade, esta como um todo, pois daqui saem os consequentes para o deslinde de uma questão atual: a torção do bem comum social em bem da coletividade, e o totalitarismo contido em embrião nessa ideia.

Mais especificamente, clarear esse ponto ilumina a pretensão da unificação entre Estado e ciência, e a consequente fagocitose da sociedade. Esta entra na dieta do Leviatã por meio da dissolução dos seus compostos mais graúdos, os corpos intermediários, para restarem apenas os átomos individuais, menos agressivos ao sistema digestório do gigante (besta?).

Após tantos escritos detratores da metafísica clássica, erodida a base comum do entendimento da ética, do direito e da política, situação dirimemente da percepção também comum de que há verdades, é trabalhoso encontrar um canal apto à tradução simultânea das linguagens ante e pós-racionalistas.

Pode-se tentar um começo.

Desde que Guilherme de Ockham negou a objetividade dos conhecimentos intelectuais humanos e, no seu conceitualismo, reduziu-os a meros conceitos subjetivos, depositaram-se camadas e mais camadas de esforços filosóficos em busca de sentido. Grande parte das tentativas deu em ruas sem saída, e ali morrendo de inanição, sua escória putrefata contaminou o ar dos pensadores subseqüentes que, encontrando-a no *cul de sac*, atribuíram o mau cheiro sufocante ora a isso, ora àquilo, sem que lhes ocorresse que somente lhes restava dar meia-volta e refazer o caminho em busca da seiva vivificante perdida no passado.

Nem seria preciso caminhar tanto para trás, pois há notáveis representantes do pensamento tomista, escolástico de primeira grandeza, entre nossos contemporâneos. Estão sempre prontos a expor a joia da coroa filosófica, com um lustro sempre novo, como é o caso de Charles De Koninck, dentre outros.

A que se busca é a linguagem em que a terminologia aristotélica e a terminologia tomista são recheadas de ideias aristotélicas e tomistas, respectivamente. Do contrário, de fato, a ignorância leva a melhor, pois o que resulta é uma série de mal-entendidos.

Um dos mal-entendidos que mais se deve evitar é aquele que resultou na rejeição da teoria da causalidade aristotélica, ou sua redução apenas às causas material e eficiente; a redução à contradição.

No direito, diz-nos James Gordley, mesmo os juristas da Idade Média, como Bartolus e Baldus, tinham claras as ideias e a terminologia metafísica de Aristóteles. E tal tradição manteve-se nas escolas até o século XVII com Puffendorf e Barbeyrac, por exemplo, a despeito dos nominalistas. Mas a desconfiança já se instalava quanto à causalidade aristotélica:

One reason the seventeenth- and eighteenth-century philosophers distrusted Aristotle's metaphysics was that they were impressed by the physical discoveries of Galileo and, later, of Newton. [...] The fundamental problem was that the new science described the motions of objects without regard to their substantial form or end. It described them by mathematical rules to which, for no discernible reason, the motions conformed. It seemed as though objects did not have substantial forms or ends.

Though impressed by these discoveries, the new philosophers put their critique of Aristotle on a different basis. They returned to an epistemological problem that had been noted, but not pushed to its logical conclusions, by the medieval nominalists. In Aristotelian philosophy, substances exist, such as men and pear trees, and yet we know of their existence by perceiving their accidents, such as their colour and shape. On the basis of what we perceive, we form a concept in our mind, the essence, which corresponds to the substantial form of the man or the pear tree. As the medieval nominalists pointed out, however, one cannot logically demonstrate that the substance exists from the fact that the accidents are perceived. Descartes made the same point by-asking how he could prove to himself that the objects around him really existed. He might be dreaming or the victim of illusions created by an evil demon. (GORDLEY, 1991, p. 113).

Hobbes e Locke declararam que termos como *forma substancial*, *natureza*, *essência* e *causa final* não têm sentido ou não são significantes e portanto *[H]uman thought would therefore have to be explained without using the concept of essence, and morality without using the concept of the end of man.*

No entanto, é também em Gordley que se encontra um como que padrão, uma Pedra de Roseta para nos levar a decifrar a linguagem aristotélica esquecida. A ideia de teleologia, de que as coisas são *quid*, aquilo que é, alguma coisa determinada, e que tendem a um fim, a uma perfeição. Tanto na natureza, quanto a pessoa, ao nadar ou construir uma casa, o faz **para** alguma coisa, e não ao léu, ao acaso. A essência de uma ação é definida pela finalidade para a qual é realizada. Mesmo que o nadador nade apenas para se mover através da água, e não para vencer uma competição, ele nada para se mover (GORDLEY, 1991, p. 21). Nadar é se mover, mas não é qualquer se *mover*, se não um certo e determinado *se mover* que sempre e sempre é **para** alguma coisa¹.

¹ Em síntese, *Ibidem*, p. 21: *To speak of the 'end' or 'final cause' of a natural thing such as a pear tree is not to speak of anyone's conscious purpose for the pear tree. It is to identify an end – as we might say now, a function – which makes it the kind of thing it is and which its parts co-operate to bring about. Similarly, an action such as swimming or a manmade thing such as a house is defined by an 'end' that makes it the kind of action or thing it is: moving through the water, or giving shelter. As in the case of the pear tree, all the parts of the swimming stroke or the house co-operate to bring about this end. In the*

Este é um dos pontos centrais da metafísica, disciplina que passa uma saravada de críticas a partir do nominalismo e do racionalismo, caindo em descrédito por um longo mal-entendido aprofundado especialmente pelo idealismo alemão e pela reação positivista. Compreendida por De Koninck, no entanto, ao longo de uma tradição que não desapareceu nem no século XX, nem até hoje, é ela, a metafísica, que precisa ser resgatada para que se possa iniciar um restabelecimento da confiança nas soluções políticas.

Um físico filósofo, Stanley Yaki, trata dos pensadores e físicos que, no século XX, criticam a metafísica em seu livro *The Relevance of Physics*, mas não se furta de buscar as raízes nos pensamentos de Hobbes e de Locke. De Hobbes, destaca a temeridade de quem teve vários erros matemáticos apontados por outros estudiosos dizer que todo ramo de estudo, seja a ciência, seja a moral, seja a política, são derivadas do conceito do movimento mecânico. Em contraponto quanto a Locke que

[...] had an eye for the enormous deficiencies of the science of his day. He was aware of the fact that the sciences of his age were “ignorant of the several powers, efficacies and ways of operation whereby the effects which we daily see are produced”. The magnitude of this ignorance led him to question whether physics would ever reach the stage of definitive conclusions, or what he called the “scientific knowledge”. Still, by fashioning metaphysics on physics (D’Alembert and Voltaire considered him the Newton of metaphysics and Benjamin Franklin called him the Newton of the microcosmos), he added the decisive impetus to British empiricism that step by step pushed man and the universe farther and farther apart. (JAKI, 1992, p. 336).

No entanto, somente os rompantes de Hobbes e de outros racionalistas e conceitualistas não seriam suficientes para apagar da memória

case of an action or a man-made thing, however, this end exactly corresponds to a conscious purpose – the immediate end of proximate final cause – of the person who performs that action or makes the thing. The swimmer intends to move through the water, the architect to build something that will give shelter. He may have had many other purposes or remote ends to which this purpose was a means – he may swim for exercise or to win a race; he may build for money or fame. Nevertheless, in order to swim or build a house, he must have had an immediate purpose corresponding to the end of the action or thing.

científica o conteúdo da metafísica tomista. Novamente é Gordley quem lança luz sobre o elo filosófico que permitiu que mesmo Hobbes, Locke e seus contemporâneos falassem ignorando profundamente o que Aristóteles e Santo Tomás de Aquino tinham em mente:

The pioneer of the rationalist approach was the late scholastic, Francisco Suárez, who broke with the metaphysical tradition that he inherited, although, as we will see, other late scholastics had already moved in that direction. Legal scholars, such as John Finnis and Germain Grisez, and philosophers, such as Etienne Gilson, regard it as the point at which the earlier approach to natural law taken by Aquinas was abandoned.

Suárez agreed with Aquinas that living a distinctively human life is the ultimate end to which all well-chosen actions are directed, and that they are directed to that end by the precepts of natural law: “[A]ll these precepts tend to the same end, truly, the due conservation and natural perfection or happiness of human nature; consequently, they belong to the natural law.” Like Aquinas, Suárez defined perfection in terms of the fulfillment or completion of one’s being, and goodness in terms of perfection.

***The difference is that, for Aquinas, natural law does not exist apart from the mind of a person who is applying it.** In so doing, that person applies a general principle of natural law to arrive at a specific precept that covers his own situation. The most general principles direct a person toward the ultimate end that he should pursue. A person following the natural law recognizes, without further thought, that pursuit of this end is worthwhile. He then decides how to act by applying these principles to the circumstances in which he finds himself. When he does so, the specific precept at which he arrives exists “in act”. (GORDLEY, 2013, p. 166-167, grifo nosso).*

Como Suárez imaginava a lei natural como um sistema completo, imutável, racionalista, por deduzir todos os preceitos para os casos concretos, no sentido de contemplar todas as circunstâncias possíveis, ela, portanto, teria existência ideal, independente da pessoa existente que estivesse confrontando o problema. Para justificar sua posição, Suárez também inovou na metafísica, pois a dedução do sistema é feita com base em uma noção abstrata da natureza humana.

Assim, os preceitos secundários, guiados pelo preceito fundamental de *fazer o bem e evitar o mal*, em circunstâncias diversas, não seriam manifestações diferentes do direito natural a depender da ação prudencial da pessoa.

Estabelecidos sumariamente os pontos que levam à reflexão sobre as questões do que se pode entender por metafísica, sem estender as citações para abordar Kant, que chegou a afirmar que, na sua época, a metafísica estava por ser escrita, e as reações tão conhecidas dos positivistas, retornemos a De Koninck e ao bem comum, bem como à ameaça totalitarista.

O que Charles de Koninck deplora em seu texto, quanto ao personalismo, é tomar-se a pessoa humana como medida do bem, tanto do divino, quanto do comum dos cidadãos na sociedade. No lugar de pretender participar de um bem comum, mais amplamente comunicante a várias partes, garantido o bem próprio de cada pessoa, o homem do personalismo é um indivíduo que não se admite a serviço de um determinado bem que é também dele, mas não é ele em si.

O exemplo do exército e o exemplo da cidade como bens são retirados por De Koninck do *Questiones Disputate de Virtutibus* de Santo Tomás de Aquino. O objeto principal do amor por tais bens é aquele em que o respectivo bem existe principalmente – como princípio –, ou seja, o comandante do exército, ou o rei na cidade (*civitas*). Não é assim por serem estes, o chefe ou o rei, uma pessoa ou outra, mas porque o soldado e o cidadão apreendem um conhecimento universal: que são partes de algo bom cuja integração se concentra no comandante, para o exército, ou no rei, para a cidade (GORDLEY, 2013, p. 14-15).

Logo, se um soldado ou um cidadão, devido ao apego que tem aos seus bens próprios, coloca-os à frente da segurança do comandante ou do rei, é porque não consegue ver a realidade do bem do conjunto, nem em que medida o aperfeiçoamento dos seus singulares depende daquele.

No entanto, isso só tem sentido se for ressalvado que o entendimento dessa relação entre o bem comum e o bem próprio deve manter em vista analogias e proporções. Caso contrário, cai-se no erro de converter aquele primeiro bem em um sistema coletivo em que a parte não é mais um ser humano com sua dignidade própria, mas uma abelha na colmeia, ou uma peça na engrenagem.

A propósito:

On peut à la fois affirmer la dignité de la personne et être en fort mauvaise compagnie. Suffirait-il d'exalter la primauté du bien commun? Non plus. Les régimes totalitaires saisissent le bien commun comme prétexte pour asservir les personnes de la façon plus ingoble. Comparée à l'esclavage où ils menacent de nous soumettre, la servitude des bêtes est liberté. Commettrons-nous la lâcheté de concéder au totalitarisme ce pervertissement du bien commun et de sa primauté? (GORDLEY, 2013, p. 2).

E mais adiante diz De Koninck que “[L]a négation de la dignité supérieure que l’homme reçoit dans la subordination de son bien tout personnel au bien commun assurerait la négation de toute dignité humaine”².

Em outras palavras, a incapacidade de perceber o bem universal, comunicante que é da sua bondade, é uma tal negação da razão humana que resulta em negação da sua própria dignidade.

Há que, no entanto, fazer uma pertinente distinção: o bem comum é apetecível, amável, como tal, mas pode ocorrer que haja quem o deseje como bem próprio: é o caso do tirano que vê que a *civitas* é boa, mas a deseja apenas para si, ignorando que não pode capturá-lo para seu *uso* exclusivo e ainda pretender que ele seja comunicável aos demais.

E mais: não há apenas um tirano, pois “[U]ne société constituée de personnes qui aiment leur bien privé au-dessus du bien commun, ou qui identifient le bien commun au bien privé, c’est une société, non pas d’hommes libres, mais de tyrans”³, diz De Koninck, fazendo eco à frase de Santo Tomás de Aquino em *De Regno*: “[...] sic enim et populus totus erit quae unus tyrannus”. Assim o povo todo torna-se como um tirano (GORDLEY, 2013, p. 11-12).

Aqui caem rapidamente sob a atenção do leitor todas as formas de utilitarismos emanados das ideias de Bentham, ou os hedonismos epicureus ou tardios, bem como fórmulas pretensamente econômicas, que se pretendem embasadas puramente na eficiência.

² GORDLEY, 2013, p. 3. A negação da dignidade superior que o homem recebe na subordinação do seu bem apenas pessoal ao bem comum asseguraria a negação de toda a dignidade humana.

³ Uma sociedade constituída de pessoas que amam seu bem privado acima do bem comum, ou que identificam o bem comum ao bem privado, é uma sociedade, não de homens livres, mas de tiranos.

O pensamento do ser humano, quando este está afastado das sendas que levam à sua plenitude, se gasta em contorcer-se buscando uma justificativa capaz de apaziguar sua consciência. Os filósofos políticos contemporâneos sentem que lhes foge toda a possibilidade de uma justiça objetiva nessas sociedades de tiranetes. Irrequietos, buscam um sistema de controle apto a impedir que *le plus astucieux et le plus fort parmi les tyrans*⁴ sejam os condutores de uma sociedade em que os sujeitos são apenas *des tyrans frustrés* (GORDLEY, 2013, p. 12).

A tendência a identificar entre *constituição* e *democracia*, fenômeno que brota com a revolução de 1789 e se expande com o prestígio do sistema constitucional norte-americano, com separação de poderes, sistema de pesos e contrapesos e *judicial review*, prometia a realização do *rule of law* e, com este império, o equilíbrio entre segurança e liberdade.

A frustração dessas expectativas no século XX provoca um avanço cada vez mais fundo na crença de que a técnica – e não a beleza – salvará o mundo, parafraseando Dostoievsky. Bastaria um predomínio de instituições tecnocráticas e, portanto – pensava-se – imparciais, impessoais, para regular, sobre uma balança de precisão ou sob o microscópio dos controladores de contas públicas, as ações do Estado e sanar as disfunções da complexa vida social contemporânea.

No entanto, reflete José Pedro Galvão de Sousa (1977, p. 150):

É certo que as instituições são importantíssimas, que, conforme forem elas, poderão contribuir para corromper os homens ou para propiciar o bom exercício do poder e a garantia dos direitos. Seria um grande erro pensar que as crises e os problemas políticos devam ser resolvidos apenas pela presença de homens prudentes e justos no governo. Não menos errado seria pretender que as instituições possam produzir seus efeitos *ex opere operato* e realizar milagres.

A complexidade vinda do crescimento do Estado torna mais difícil a limitação do poder político. *E por isso* – novamente a voz de Galvão de Sousa (1977, p. 149) – o “*Estado constitucional do século passado, – refere-se ao século XIX – e das primeiras décadas do atual, vai-se transformando no Estado administrativo e tecnocrático.* Nessa nova con-

⁴ [...] o mais astucioso e o mais forte entre os tiranos [...]

formação, começa a migração das esperanças dos ansiosos filósofos políticos, referidos mais acima, e dos constitucionalistas e neoconstitucionalistas, para as chamadas *políticas públicas*, lastreadas em uma nova ética científica, e para os sistemas jurídicos engonçados nas declarações e convenções de direitos humanos e de direitos fundamentais.

Mais uma vez, no entanto, começam a reaparecer medidas coercitivas da liberdade individual, em prol de cuidados com a saúde pública, por exemplo; a partir do contemporâneo ressurgimento de uma mentalidade iatrocrata, de triste memória, como a que distinguia entre tipos humanos puros ou impuros. Então, novamente, o estado tecnocrático levanta sua cabeça prometendo salvar pelo dirigismo a massa atomizada e exposta à *mass media* tão bem apresentada por Marshall McLuhan em seu *Understanding Media* em que pretende demonstrar como o próprio *medium* é a mensagem.

A nenhum deles parece ocorrer, no entanto, a possibilidade de travar conhecimento com o conteúdo da ideia de bem comum, a partir do conhecimento da linguagem aristotélico-tomista, ou de admitir que o caminho dos personalistas precisa de ser refeito a partir do fundo cego do totalitarismo, pois

*En fait, le personnalisme fait sienne la notion totalitaire de l'État. Sous les régimes totalitaires, le bien commun s'est singularisé, et il s'oppose en singulier plus puissant à des singuliers purement et simplement assujettis. Le bien commun a perdu sa note distinctive, il devient bien étranger. Il a été subordonné à ce monstre d'invention moderne qu'on appelle l'État, non pas l'état pris comme synonyme de société civile ou de cité, mais l'État qui signifie une cité érigée en une sorte de personne physique. **Remarquons, en effet, que la personne, 'substance individuelle d'une nature raisonnable', peut se dire de la société civile par métaphore seulement, et non par analogie.** (GALVÃO DE SOUZA 1977, p. 42, grifo nosso).⁵*

⁵ De fato, o personalismo torna sua a noção totalitária do Estado. Sob os regimes totalitários, o bem-comum se singulariza, e ele se opõe como um singular mais poderoso a singulares pura e simplesmente sujeitados a ele. O bem-comum perdeu sua nota distintiva, torna-se um bem estrangeiro. Foi subordinado a esse monstro de invenção moderna que chamamos de Estado, não o estado tomado como sinônimo de sociedade civil ou de cidade, mas o Estado que significa uma cidade erigida em uma espécie de pessoa física. Notemos, de fato, que pessoa, 'substância indivídua de natureza racional', se pode dizer da sociedade civil por metáfora, somente, e não por analogia.

Esvai-se com os séculos XIX e XX o conceito de subsidiariedade, especialmente na sua aplicação ao Estado, à *civitas*. Crê-se que *il faut que le pouvoir arrête le pouvoir*⁶, ignorando-se que isso somente ocorrerá se cada um dos poderes emanar como órgão de uma força existente na sociedade, conforme a expressão de Bertrand de Jouvenel (1972, p. 466). Essas forças que existem entre o indivíduo e o Estado são os *grupos intermediários*, e também são partes em relação ao bem comum, exercendo sua autoridade própria e fazendo face ao poder estatal.

Por ter sido mencionada a *autoridade*, outra palavra que demanda, hoje em dia, um intérprete racional, chama-se o auxílio do já mencionado Yves Simon, que se opôs, no entanto, ao comentado De Koninck. Em uma palestra, transformada em livro, Simon, após argumentar que não há uma antinomia absoluta entre autoridade e liberdade, afirma que obtém dois princípios aptos a guiar-nos na empreitada de proporcionar exatamente as forças da autoridade e as forças da liberdade. São eles o *princípio da autoridade* e o *princípio da autonomia*. O primeiro é: sempre que o bem de uma comunidade requer uma ação comum, a unidade daquela ação comum necessita ser assegurado pelos órgãos mais altos daquela comunidade. O segundo é: sempre que uma tarefa pode ser satisfatoriamente alcançada pela iniciativa do indivíduo ou de pequenas unidades sociais, a sua realização deve ser deixada à iniciativa do indivíduo ou das referidas unidades sociais (SIMON, 1948, p. 44-45). Isto é autoridade em uma ordem hierárquica.

No segundo princípio de Simon vemos uma renomeação do princípio da *subsidiariedade*. Este é muito de acordo com a organização de uma sociedade não secundarizada, ou seja, em que a primazia é dos grupos primários, como famílias e corporações, dentre outros, e não das relações em que uma das partes pode ser substituída por outra sem que a relação social seja alterada, na interpretação sociológica de Kingsley Davis (1948, p. 302).

Vendo surgir na França atual um comitê que pretende levantar, com aparência de cientificidade, uma nova estrutura secundária para o cuidado e educação das crianças em seus 1000 primeiros dias, em que os pe-

⁶ É preciso que o poder possa deter o poder [...].

quenos estarão em contatos fúgidios com pessoas que se alternam em funções alteráveis ao sabor das conveniências da estrutura institucional, já na primeira infância; ou lendo os argumentos de que a paternidade é um dado estatal, uma outorga de um *status* que não tem uma determinada correspondência à realidade, à natureza da família, acende-se um alerta urgente.

Charles McCoy, discípulo por um tempo de Charles De Koninck, levanta justamente a preocupação da perda do sentido daquilo que Arthur Eddington chamara de *familiar world*, mundo familiar, em vista dos desenvolvimentos científicos marcados pela indiferença a ele.

Disse McCoy (2017) na introdução ao *The Structure of Political Thought* que chegamos a uma visão de mundo tão irreal quanto a de Platão, mas muito mais perigosa porque, justamente, rompeu-se a conexão entre o mundo familiar e o mundo científico:

There is now no limit to what the modern politician may do with human nature – he may “brainwash” it if he has the power: This is Jean Jacques Rousseau’s infinitely malleable man; it is Machiavelli’s Prince who is half-man, half-beast-lion-and-fox; it’s Marx “generic man”; it is the Kinsey Report’s “democratic pluralismo of sexuality”; it is Freud’s “polymorphous perversity”; it is Riesman’s autonomous man; it is George Orwell’s world of 1984.

Para se reverter, portanto, as incursões dos tiranetes – ou das pessoas meramente errantes e perplexas – imiscuídos em uma sociedade secundarizada, propõe-se a reconstrução ativa de um verdadeiro sentido de responsabilidade e liberdade pessoal, nos termos postulados por De Koninck; semelhante à liberdade da criança que brinca no *playground* bem cercado e seguro. A retomada da concepção de que o Estado existe **para** o ser humano, e que o ser humano é um *quid*, que se desenvolve, que se aperfeiçoa não **para** o Estado, embora a serviço do bem comum, passa pela retomada da metafísica aristotélico-tomista.

REFERÊNCIAS

DAVIS, Kingsley. *The Human Society*. New York: The Macmillan Company, 1948.

DE KONINCK, Charles. *De La Primauté du Bien Commun Contre Les Personnalistes*. Éditions de l'Université Laval. Montréal: Éditions Fides, 1943.

ESCHMANN, Th. *In Defense of Jacques Maritain*. Disponível em: http://ldataworks.com/aqr/V4_DM_text.html. Acesso em: 9 mai. 2020.

GALVÃO DE SOUSA, José Pedro. *Direito Natural, Direito Positivo e Estado de Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1977.

GORDLEY, James. *The Jurists: a critical history*. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 2013.

GORDLEY, James. *The Philosophical Origins of Modern Contract*. Nova Iorque: Clarendon Press, 1991.

JOUVENEL, B. *Du Pouvoir*. Histoire naturelle de sa croissance. Paris: Hachette, 1972.

McCOY, Charles N. R. *The Structure of Political Thought*. New York: Routledge, 2017. Introduction.

SIMON, Yves. *The Nature and Functions of Authority*. Milwaukee: Marquette University Press, 1948.

Capítulo VII

DIREITO E PSICANÁLISE: UMA DISCUSSÃO SOBRE A LEI, AS LEIS E O DESEJO

MARINA JUNQUEIRA CANÇADO

Resumo: O presente trabalho discorre sobre como a psicanálise pode dialogar com o Direito no que se refere à noção de Lei, as leis, a ética e o desejo. Inicialmente, será apresentada a diferença dos conceitos de Lei e de leis, levando-se em consideração as implicações tanto para a psicanálise quanto para o Direito. Posteriormente, aponta a posição da ética como lugar de liberdade contra a moral, sem desconsiderar o papel regulador das leis para o laço social. Finalmente, a psicanálise é convocada para sustentar o debate sempre aberto, sem respostas prontas para as questões éticas e suas encruzilhadas jurídicas.

Palavras-chave: Psicanálise. Direito. Ética.

1. INTRODUÇÃO

Estabelecer relações e implicações entre os campos do Direito e da Psicanálise não é uma tarefa simples. Desde que existe, o que significa dizer desde Freud, e com Freud, a psicanálise tem sido convocada a dialogar com diversas ciências, o Direito entre elas. De fato, em várias ocasiões o próprio Freud foi convocado a discorrer sobre como a descoberta do inconsciente como instância primordial da experiência humana tocou as noções do Direito, tanto em seus fundamentos quanto em sua aplicabilidade.

De fato, com *A interpretação dos sonhos*, Freud (1996a) estabelece a psicanálise como campo do saber que questiona e põe em xeque o saber

do sujeito sobre si mesmo, questiona qual o real nível de controle que este detém sobre seus atos, no ponto nodal que revela o determinismo psíquico. Desde então, questões sobre a culpabilidade no delito, a tomada de depoimentos, tanto de partes quanto de testemunhas e mesmo os fundamentos jurídicos puderam ser questionados por um ponto de vista muitas vezes incômodo e inquietante, dado seu caráter inapreensível.

O presente trabalho visa discorrer sobre como a psicanálise pode dialogar com o Direito no que se refere à própria noção de Lei e leis, segundo a proposta de Patrick Guyomard. Além dessa discussão, o texto buscará versar sobre a posição da ética da palavra, enquanto resistência às leis, enquanto lugar de liberdade e responsabilidade. Finalmente, a noção de desejo, como posta pela psicanálise, será trazida para contornar as difíceis vicissitudes das questões humanas, em especial em sua vertente jurídica, com o auxílio da grande obra de Guimarães Rosa, *Grande Sertão Veredas*, no que ela pode ajudar a melhor dizer, ou versar sobre o lugar incisivo que a palavra e sua articulação pela psicanálise podem tecer prosa com o Direito e a noção de lei.

2. SOBRE A LEI E AS LEIS

Embora *A interpretação dos sonhos* seja o marco inicial da produção freudiana, é somente 30 anos mais tarde, em *O mal-estar na civilização*, que Freud (1996b) discorre sobre o enodamento humano com as leis e a cultura. Nesse texto, o psicanalista aponta três grandes fontes de desprazer contínuo dos humanos. Primeiro, há o nosso desamparo ante a natureza e seus desígnios. Esse desamparo possui caráter objetivo e intransponível, dada a pequenez do humano ante o mundo natural. Mesmo com os avanços tecnológicos de todas as ciências, ainda não somos capazes de conter ataques e desastres naturais, que sempre nos lembram de nossa inferioridade e finitude. Em segundo lugar, há o sofrimento devido à fragilidade de nossos corpos, que fazem parte dessa mesma natureza. O confronto com a morte e a finitude não pode jamais deixar de produzir angústia e Freud nos aponta como a impossibilidade de representação da morte no campo do inconsciente gera esse profundo mal-estar humano.

Novamente, apesar de lançarmo-nos exaustivamente à busca de juventude eterna, saúde e força, não se pôde, até o momento, evitar a decrepitude do envelhecimento e da morte. Finalmente, há o sofrimento gerado pelo convívio com os outros humanos. Embora algumas pessoas possam considerar a possibilidade de viverem isoladas da coletividade, a vida sem os outros é ainda mais difícil. Cabe, então, a tentativa de mediação e contenção de impulsos egoístas em prol de uma vida coletiva, atividade altamente desprazerosa e que ocorre com grandes dificuldades e obviamente sem grande sucesso. Sendo assim, a civilização, com suas leis e regras de convivência, visa nada mais do que conter os impulsos destrutivos e narcísicos de cada um de nós em prol de uma convivência “pacífica” entre os humanos.

Na verdade, Freud reforça que, em prol de possibilidade da vida em coletividade, a proteção social em detrimento da força física não ocorre sem um elevado custo de energia psíquica, o que geralmente é convertido no adoecimento neurótico. Isso significa que o Direito se institui como regulador do marco social, com uma exigência de obediência às leis e normas coletivas e à moral sexual oficial, não sem demandar um alto preço a ser pago individualmente por cada membro da civilização. Segundo Guyomard (2007, p. 7), “a lei nos protege e, por isso, nós a invocamos e, ao mesmo tempo, ela nos violenta e nós a recusamos”. Neste ponto é possível elaborar mais sobre a diferença entre a Lei e as leis.

Em um ciclo de palestras proferidas na Universidade Estadual do Rio de Janeiro, o psicanalista Patrick Guyomard estabelece a diferença entre o que seria a Lei, escrita com letra inicial maiúscula, referindo-se ao que se considera humano e que pode ser tido como universal, independentemente da geografia ou da temporalidade, e as leis, escritas com letras minúsculas, que se referem ao conjunto de normas, escritas ou não, que regulam em certa monta o viver junto, a vida em sociedade. Segundo o autor, a questão dessa diferença situa-se no que uma sociedade considera humano e aquilo que ela considera não humano. É preciso se atentar, contudo, ao fato de que o que é considerado humano e não humano nem sempre corresponde ao que é tomado como legal e ilegal. No âmbito jurídico, poderíamos considerar o embate entre o que se chama habitualmente de direito natural e direito positivo.

Aqui é importante situar a diferença de direito natural e a ideia de Lei, como posta pela psicanálise. O direito natural, ou jusnaturalismo, pode ser entendido como aquilo que se considera um direito inerente a todos os seres humanos, independentemente da época, da localização ou da sociedade em que vivem. Seriam direitos imutáveis, atemporais e de caráter universal. A Lei, como proposta pela psicanálise, encontra seu fundamento no complexo de Édipo, a interdição ao incesto e pode ser traduzida essencialmente pela ideia da castração. A Lei, como marca no humano, como uma interdição que permite a vida em civilização, é a imposição de um limite radical que separa o homem dos animais.

Seguindo no texto do autor, é preciso recusar a fantasia de que seja possível tomar as leis como insuficientes e carentes de aprimoramento para que cheguem ao nível da Lei. Essa crise, essa hiância, não pode ser vencida por completo, uma vez que a tensão entre ao caráter “imperfeito” das leis e o indizível da Lei é necessária para manter aberta a questão dos fundamentos das leis, pois essa problemática:

Evita o que se poderia chamar de legalismo, ou seja, a obediência, o respeito à lei pelo respeito à lei, todas as formas administrativas de obediência, de assujeitamento, o que evacua completamente a responsabilidade individual de cada um, como se bastasse obedecer à lei para estar em regra com qualquer questão de responsabilidade. (GUYOMARD, 2007, p. 4).

Dessa forma, convocar a Lei é, de alguma forma, invocar o direito de desobedecer, o direito de agir de forma diferente ao imposto pelas leis, seja por julgá-las injustas, seja por considerá-las malfeitas ou por compreendê-las como estando a serviço de interesses políticos e econômicos. Ao evocar a Lei, considerando-a um interesse superior, apela-se para uma dimensão ética, no sentido que nos apresenta a tragédia de *Antígona*, de Sófocles.

Na narrativa mitológica, Antígona se revolta em nome da superioridade de uma ética em detrimento da lei escrita, de uma moral. Ao rebelar-se contra a proibição de enterrar seu irmão, ela desafia a lei do rei, e, conseqüentemente, de toda a *polis*. Opõe-se sozinha à lei da cultura, em obediência a uma Lei que lhe corta a alma. A heroína, como representan-

te de uma família que desconheceu a Lei (dado que é filha de Édipo e Jocasta, sendo, portanto, filha e irmã de seu pai), oferece seu corpo à morte ao defender o direito humano ao sepultamento como sendo maior do que qualquer lei imposta pela cidade, pela moral instituída de seu tempo.

Também é preciso pontuar que, se compreendemos corretamente a argumentação de Freud, certa dose de desobediência às leis enquanto puro aparato de controle social é essencial para a manutenção da saúde psíquica. De fato, a psicanálise não é normativa, e deve recusar todo lugar alinhado ao poder. Assume, assim, um caráter crítico e subversivo, de maneira que, em certa dose, relativiza as leis, exatamente por ressaltar que o humano não é um ser racional. Em sua radicalidade, é a psicanálise que pode apontar ao Direito que, desse ponto de vista, a lei é sempre externa ao sujeito, lhe é imposta à custa de uma renúncia libidinal, é sempre um constrangimento, uma imposição.

3. A ÉTICA E SUA RELAÇÃO COM O DIREITO

Ainda segundo Guyomard, é preciso considerar que a ética se coloca no momento em que se torna imperioso tomar uma decisão sem que haja um ponto de referência, ou mesmo uma lei para referenciá-la. Dito de outra forma, a ética é convocada a partir do momento em que não se pode aplicar uma norma ou uma lei, por não se aplicar ou não existir, no momento em que, literalmente, não se sabe o que fazer. Ao sermos impelidos a inventar uma resposta, vemos o campo da ética se impor sobre nós. Ocorre, contudo, o grande engodo humano, o que não sabermos se a decisão que tivermos escolhido é, realmente, ética.

Na verdade, o próprio ato de tomar consciência de que era preciso inventar uma resposta, quando não havia onde se ancorar, que institui o campo da ética. Para o autor, “o movimento ético consiste em interrogar-se sobre por que se decide, em ser obrigado a perguntar-se por quê” (GUYOMARD, 2007, p. 15). No que toca às ciências jurídicas, esse dilema se presentifica na figura do juiz. Por um lado, visto que não é legislador, não faz a lei: ele a interpreta e aplica, dentro de seu campo de domínio. Pode, contudo, questionar-se quanto a essa lei ser justa ou não a ca-

da caso julgado? Cabe ao juiz a recusa da mera aplicação do texto que já existe caso se depre com um caso em que se veja impelido a questionar? O mesmo vale aos operadores do Direito, aos advogados, quando convocados a questionarem se o texto da lei é, de fato, o justo em cada caso.

Aqui vale o apontamento trazido pela filósofa Hanna Arendt (1999) em seu texto sobre o julgamento de Eichmann no que se refere à ideia essencial sem a qual a ética seria impossível de ser pensada: a de que todo humano, ao obedecer a uma lei, ou mesmo ao praticar qualquer ato, comete um ato de julgamento, escolhe. Nesse sentido, pode, e deve ser julgado por sua escolha, seja ela qual for.

Nesse texto, nos é apontado como o argumento de oficiais nazistas buscava sua absolvição sob o pretexto de que “apenas seguiam as leis” de seu tempo, que não tinham escolha. O dilema ético que se confunde com o embate jurídico é sobre o quanto cada indivíduo escolheu obedecer às leis e o quanto escolheram ignorar a Lei que se impõe radicalmente sobre cada humano, independentemente da época e da cultura, o “não matarás” que regula a humanidade e que esteve em suspenso durante esse nefasto período de guerra. Nem mesmo poderia assemelhar-se com os mortos em batalha, uma vez que o genocídio operado contra os judeus extrapolou inclusive a tão tradicional “ética de guerra”, em que matar e morrer, entre soldados em igual condição de batalha pode tornar-se “perdoável”.

Dessa forma, o domínio da ética é o domínio da responsabilidade na interpretação das leis e em sua aplicação. Não se trata de banalizar as leis e relativizá-las, gerando um estado de insegurança e fragilidade jurídicas, mas de situá-las, referi-las a alguma outra coisa e, portanto, poder considerar, em determinadas situações, uma lei como sendo injusta, o que pode permitir que alguém decida desobedecer a ela ou não a aplicar.

Desse ponto de vista, esse campo da ética é duplo: é, ao mesmo tempo, o campo da responsabilidade, mesmo na obediência, mas, se olharmos isso por outro ângulo, é também o campo da liberdade de desobedecer, ou da liberdade de escolher aplicar a lei e se conformar à lei. (GUYOMARD, 2007, p. 45).

A questão que se impõe aqui é como a ética é essencial à humanidade no ponto em que pode impedir um uso perverso das leis, ou seja,

que alguém se esconda por detrás da lei para fugir de suas responsabilidades ou se valha das obscuridades, das carências das leis contra o próprio espírito da Lei, que é o de manter o laço social. As leis não estão no mundo para a punição ou opressão, mas para garantir o viver coletivo, a sociedade humana.

Por outro lado, todo esse debate ético porta uma ambiguidade e um perigo inerente a si mesmo. Quando alguém reivindica a ética, da mesma forma que fez Antígona, que se rebela contra a lei do Estado em privilégio a uma Lei maior, *a priori* pode ser difícil saber se estamos diante de uma situação em que as leis ainda não puderam alcançar ou fracassaram em garantir a justiça, ou se se trata de alguém que busca uma espécie de autojustificação para se excluir de qualquer julgamento, de submeter-se à lei, ou seja, uma pessoa que se coloca, ela própria, acima das leis.

O debate ético confronta-se, portanto, com a encruzilhada, em cada caso em que a ética é convocada, ao tentar distinguir se uma exceção está legitimamente acima da lei, ou, ao contrário, se não passa de uma tentativa de escapar à lei, de burlá-la.

Sem pretender encontrar respostas fáceis, a psicanálise é o campo que sustenta essa tensão, mantém as questões em aberto, provocando os sujeitos envolvidos a questionarem suas posições.

4. A LEI E A PSICANÁLISE COMO POSIÇÃO ÉTICA

É preciso agora discorrer sobre o que é o “humano” para a psicanálise, em especial após a leitura de Jacques Lacan. Isso implica uma cisão radical da teoria psicanalítica com outras vertentes da ciência. Segundo Terezinha Costa (2008, p. 62), a teorização de Lacan aponta para o fato de que:

O sujeito não nasce pronto como os animais. Ele deve ser constituído, e sua constituição acontece na relação com a fala que passa pela linguagem. E essa fala não significa aprender a articular palavras e formar frases para comunicar-se com os demais, mas significa ir além da necessidade e ter acesso ao desejo. Portanto, se o sujeito é efeito de linguagem, representado de um significan-

te para outro, é necessário submeter-se ao significante para que possa falar.

Tratando o humano como um ser efeito de linguagem, a psicanálise estabelece que nesse processo de constituição, de humanização, o marco de o humano só pode existir em sua incompletude. Na falta de uma linguagem “eficiente” como a dos animais, pautada numa biologia estrutural, o humano se debate, se contorce, tenta e sofre com seu aprisionamento no não saber do inconsciente.

Nesse sentido, Freud sempre defendeu que se haveria uma ética própria da técnica da psicanálise, esta consistiria em devolver ao sujeito uma certa dose de liberdade de seu sintoma. Em seu texto “A negativa”, Freud (1996c) argumenta que uma das tarefas da análise é substituir o recalque pelo que chama de juízo de condenação. O objetivo terapêutico, diz ele, consistiria em devolver ao sujeito a possibilidade de escolher, tão conscientemente quanto possível, considerando que conteúdos inconscientes seriam trazidos à consciência e então trabalhados racionalmente. Assim, o sujeito não estaria tão refém de seu determinismo psíquico, de suas pulsões e conteúdos inconscientes, mas obteria, através da análise, o acesso a conteúdos reprimidos que exerciam grande influências em seus atos. Um ato de juízo seria então um ato em que o sujeito saberia nomear as reais motivações que jazem por baixo da consciência. Como um exemplo, se uma mãe se torna consciente de desejos reprimidos de matar o filho em razão das inúmeras abnegações e restrições que a maternidade lhe impõe, pode escolher, com um ato de juízo, a aceitação de que a maternidade, apesar dos sacrifícios, também lhe oferece grande dose de prazer e iniciar projetos de retomada profissional. Pode escolher não praticar o homicídio, pode escolher e assumir a responsabilidade por sua escolha.

Estabelece-se aqui o marco radical que a psicanálise estabelece para a ética. A ética deve ser sempre uma questão e não um conteúdo. Não pode ser aprisionada em tratados, livros ou normas, sob o risco de tornar-se apenas mais uma lei. A ética sustentada como um debate recusa a posição paralisante da lei e se instaura na oposição ao recalque, uma vez que é função das leis reprimirem, controlarem. No campo da psicanálise, a ética

encontra a dimensão do desejo, de um tentar melhor dizer do desejo, das pulsões e do recalçado, mas não implica uma autorização para agir fora da lei, e nem se curva a um pleito de estar acima das leis.

É importante demarcar o campo do inconsciente como este do indizível do desejo. A posição radical da psicanálise e todas as resistências que se levantam ainda hoje contra ela repousam exatamente na conclusão de que o homem não tem livre acesso ao seu desejo, não sabe nomear as pulsões que o movem e determinam grande parte de seus atos. Como escreveu João Guimarães Rosa (1994, p. 240), em sua epopeia *Grande Sertão: Veredas*: “Afirmo ao senhor, do que vivi: o mais difícil não é um ser bom e proceder honesto; dificultoso, mesmo, é um saber definido o que quer, e ter o poder de ir até no rabo da palavra”.

Se do desejo pouco se sabe, sabe-se pelo menos que sua dinâmica nada tem a ver com a moral ou com as leis. Com a Lei, tampouco. O inconsciente ignora a oposição do bem e do mal, de certo e errado. Esses termos dizem respeito à vida em sociedade, que não seria possível sem uma grande dose de contenção dos desejos singulares de cada um. Por conseguinte, a dimensão ética para a psicanálise é dessa ordem em que o sujeito possa tentar nomear o desejo e recobri-lo com a linguagem, com palavras, de forma que possa ser minimamente manejável, e de forma que o sujeito possa exercer, mesmo que de forma parcial, seu direito de escolha, assumindo uma posição de responsabilidade para com seu ato.

Certamente, não compete ao campo de Direito essa relativização. Se alguém comete um crime, deve ser julgado e punido conforme as regras e as leis de sua sociedade. Contudo, para a psicanálise, enquanto técnica terapêutica e como campo de compreensão do humano, cabe a posição ética de considerar questões que não coincidem com a moral vigente, mas com a dinâmica pulsional.

5. CONCLUSÃO

Se já nos aproximamos da literatura para trazer à tona um saber pela fala do jagunço Riobaldo, entramos no ponto em que podemos admitir o quanto a arte literária, tanto a prosa quanto a poesia podem ser instru-

mentos valiosos para um melhor dizer das questões humanas. Podemos aprender com a literatura como arte exemplar que revela o funcionamento do inconsciente, o quanto Freud e Lacan repetidamente atestaram o axioma de que o poeta precede o psicanalista em seu acesso ao saber do inconsciente. Se Antígona nos apresenta a ética como dimensão humana que se opõe às leis que ignoram a Lei, temos em Riobaldo, personagem do “Grande Sertão: Veredas”, a defesa de que o julgamento, no que interessa ao funcionamento psíquico humano e, portanto, no que interessa à psicanálise é sempre defeituoso:

Quem sabe direito o que uma pessoa é? Antes sendo: julgamento é sempre defeituoso, porque o que a gente julga é o passado. Eh, bê. Mas, para o escrutínio da vida, o julgar não se dispensa; carece? Só que uns peixes têm, que nadam rio-arriba, da barra às cabeceiras. Lei é lei? Loas! Quem julga, já morreu. Viver é muito perigoso, mesmo. (ROSA, 1994, p. 376).

Em todo o romance, o perigo da vida é exatamente o que coincide com o não saber da palavra. Se um *dito* não se impõe como fórmula para o proceder na vida, isso se traduz com a falta de leis que possam reger o comportamento dos homens, de uma “pauta” que pudesse aplacar a angústia do furo existente na linguagem. Se não há um *dito*, há de se considerar um *dizer*. É no ato da fala, ao tomar a palavra, que cada um deve se haver com seu desejo e, mesmo sem saber de forma consciente, desembanhar suas armas e lutar, pelejar na vida em comum. Se o julgamento é sempre ato do passado, a palavra é presente, é o corte que opera a Lei sobre cada um.

Como marco cortante de que essa vida “comunitária” reverbera e cobra seus preços, Riobaldo aprendeu com seu compadre Quelemém que “a colheita é comum, mas o capinar é sozinho” (ROSA, 1994, p. 74). Mesmo que a vida em coletividade imponha suas regras e cobre o custo da renúncia a certo nível do desejo, o ato, o dizer, é indissociável do indivíduo. É nesse sentido que Freud nos alerta da importância de um ato de juízo, até mesmo porque as consequências de cada ato sempre, inevitavelmente, recaem sobre o sujeito. Saiba ele disso ou não. Riobaldo é a voz poética que traz em escrito aquilo que não se pode saber bem sem a mo-

dulação poética: “Ah, lei ladra, o poder da vida” (ROSA,1994, p. 200). Se a lei é o que rouba o sujeito de si mesmo e o imprime na coletividade, a Lei implacável o condena a nunca separar-se de si mesmo.

Se o enodamento das noções de Lei, lei, ética e desejo não pode ser tomado de forma superficial nem pelo Direito e nem pela Psicanálise, resta aos estudiosos, pesquisadores, e a todos os falantes a única ferramenta forjada pelo humano para tentar dar conta de sua angústia: a palavra. É no âmbito do debate, do questionamento e das poucas certezas que se pode verdadeiramente manter a ética em seu lugar de liberdade às exceções, sem circunscrevê-las em normas fixas, escritas, a serem aplicadas da mesma maneira em todos os casos. Assim, ética e desejo podem se entrelaçar sem, necessariamente, romper os laços sociais tão necessários para a vida coletiva garantidos pelas leis.

REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hanna. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. Trad. José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

COSTA, Terezinha. *Psicanálise com crianças*. 2. ed. Rio de Janeiro, RJ: Jorge Zahar, 2008.

FREUD, Sigmund. A interpretação dos sonhos. (1900). In: Freud, S. *Edição standard brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud*, vs. IV e V. Rio de Janeiro: Imago, 1996a.

FREUD, Sigmund. A negativa. (1925). In: Freud, S. *Edição standard brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud*, v. XIX. Rio de Janeiro: Imago, 1996c.

FREUD, Sigmund. O mal-estar na Civilização. (1930). In: Freud, S. *Edição standard brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud*, v. XXI. Rio de Janeiro: Imago, 1996b.

GUYOMARD, Patrick. A Lei e as leis. In: ALTOÉ, Sônia. (Org.). *A Lei e as leis – Direito e Psicanálise*. Rio de Janeiro: Revinter, 2007.

ROSA, João Guimarães. *Grande Sertão: Veredas*. 1. ed. São Paulo: Nova Aguilar, 1994.

Capítulo VIII

O GIRO HERMENÊUTICO-LINGUÍSTICO DO DIREITO E O ENSINO JURÍDICO EM GOIÁS: UMA ANÁLISE DO (DES)ENCONTRO DA ABORDAGEM DIDÁTICA COM A LITERATURA JURÍDICA DE VANGUARDA NOS CURSOS DE DIREITO¹

SAULO DE OLIVEIRA PINTO COELHO
NATHÁLIA TELES LIMA DE MORAIS

Resumo: A partir da virada hermenêutico-linguística, a hermenêutica deixa de ser metódica para ser filosófica, transforma-se de simples técnica de compreensão das ciências do espírito em uma ontologia do intérprete e de seus condicionamentos existenciais. Todavia, em sentido diametralmente oposto, por hipótese colocada a teste, parecem estar a hermenêutica e a dogmática jurídicas praticadas em sala de aula. Diante disso, esta pesquisa jurídica, de caráter diagnóstico e crítico-reflexivo, buscou conhecer o verdadeiro estado da arte do tratamento dispensado às disciplinas dos cursos de Direito, no estado de Goiás, verificando a (in)existência do compromisso com o paradigma instituído pela virada linguística e, ainda, produzindo um diagnóstico sobre as características dos referenciais teóricos empregados na educação jurídica goiana. Para tanto, o caminho metodológico efetivou-se em três fases: (i) sistematização das ideias centrais da matriz teórica de apoio para o estabelecimento dos parâmetros balizadores da análise a ser empreendida; (ii) coleta de informações relativas ao

¹ A presente pesquisa foi financiada pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) em sede do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC) e integrou o projeto intitulado “Avaliação, controle e adequação constitucional de políticas públicas nas linguagens jurídica e sociopolítica: experiências de efetividade”, desenvolvido na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás (FD-UFG).

material didático empregado nas faculdades de Direito do estado e (iii) análise qualitativa do material coletado. Assim, a reunião dos capítulos deste trabalho contribuiu para a construção final de uma massa crítica sobre as experiências de ensino jurídico em Goiás.

Palavras-chave: Hermenêutica jurídica. Giro hermenêutico-linguístico. Ensino jurídico.

1. INTRODUÇÃO

A presente investigação concentrou-se em responder ao seguinte questionamento: os diversos modos de existir da formação jurídica no estado de Goiás compartilham da tradição da linguagem jurídica inaugurada – ou desvelada – a partir do giro hermenêutico pragmático linguístico ou permanecem infensos a ela? Reconhece-se, com a hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer (2004), que toda pergunta é condicionada e, portanto, é uma das formas de pré-acessar o objeto. Assim, por meio da pergunta ora formulada – representativa do tema-problema desta pesquisa – já se está a iluminar a realidade a partir da pré-compreensão do que seja o giro hermenêutico.

O giro deu-se nas décadas de 80 e 90, quando a hermenêutica filosófica surge como uma crítica radical ao pensamento científico-espiritual do século XIX, que partia da absolutização do método, suplantando a História. Demonstra-se, então, que a possibilidade de revelação da verdade depende sempre da situação hermenêutica (horizonte histórico) em que se encontra o sujeito (intérprete).

Entretanto, o pensamento jurídico contemporâneo definido pelo giro hermenêutico pragmático linguístico – que se seguiu com o constitucionalismo contemporâneo e a crítica hermenêutica do direito a ele correspondente – é refém, hoje, de interpretações ainda assentes no esquema sujeito-objeto (modelo subsuntivo). Daí a premência do esforço pretendido nesta pesquisa, a investigar se, de fato, a abordagem didática adotada nos cursos de Direito situados em Goiás assimila – e em que medida – a ontologia da compreensão ou se subsiste nas faculdades a teoria jurídica dualista e abstrata, seja centrada no positivismo abstrato, seja no jusnatu-

ralismo extemporâneo – e a hermenêutica clássica e a eles corresponde –, anterior ao giro linguístico do Direito.

Quanto ao *iter* metodológico, as atividades foram desenvolvidas em três fases: (i) sistematização (revisão) das ideias centrais da matriz teórica de apoio para o estabelecimento dos parâmetros (definição de variáveis e indicadores) balizadores da análise a ser empreendida; (ii) coleta de informações relativas ao material didático empregado nas faculdades de Direito do Estado e, a título de comparação, em instituições de ensino de outros estados da federação, por meio da obtenção das grades curriculares e dos planos de ensino de disciplinas selecionadas, relativos ao ano de 2017, conforme descrito nas tabelas abaixo, e (iii) análise qualitativa do material coletado, mais especificamente das obras mais recorrentes, considerando a bibliografia indicada.

Em relação à primeira fase, importa esclarecer que os parâmetros da análise qualitativa basearam-se nas ideias centrais da matriz teórica de apoio, selecionada a partir do desenvolvimento de pesquisa teórica precursora, intitulada “A fusão de horizontes no Direito brasileiro contemporâneo: o encontro entre a teoria jurídica e o legado do giro hermenêutico-constitucional”, que se voltou à identificação dos principais autores brasileiros, em termos de consistência teórica e alcance, legatários das mudanças empreendidas a partir da guinada linguística, e concluiu por apontar como expoentes do pensamento jurídico nacional os autores Marcelo Neves, João Maurício Adeodato, Lenio Streck e Marcelo Cattoni. A pesquisa mencionada foi realizada por estes mesmos autores, em sede de iniciação científica voluntária, no período de 2017-2018, e levou em consideração os seguintes critérios para a seleção das amostras (autores brasileiros) objetos de estudo: (i) a publicação de obras de grande impacto positivo no estudo e ensino da hermenêutica constitucional; (ii) a originalidade das teorias elaboradas por esses autores; (iii) a autenticidade das leituras empreendidas por eles em relação àquelas teorias que representam o marco teórico de suas obras, ou seja, a correspondência entre o que vai declarado nas fontes de que se valeram os autores e a “tradução” por eles realizada; e (iv) a adequação das teorias desenvolvidas pelos autores à realidade jurídica do Brasil.

Quadro 1. Disciplinas pesquisadas por instituição de ensino no estado de Goiás

DISCIPLINAS	INSTITUIÇÕES PESQUISADAS												
	UNI-ANHANGUERA	PUC	FASAM	UNIVERSO	ESUP	CAMBURY	FESGO	FAN	FANAP	IAESUP	FACMINAS	UFG	IESGO
História do Direito	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X
Direito Penal I	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X
TGP ou Processo Civil I	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	
Direito Civil I	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	
Teoria da Constituição ou Direito Constitucional I	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	
Direito Administrativo I	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	
Hermenêutica Jurídica				X	X	X				X		X	
IED	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X

Fonte: Elaboração própria com dados colhidos no bojo do plano de trabalho PI01333-2017/2, desenvolvido na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás (FD-UFG) de 25/07/2018 a 31/07/2019.

Quadro 2. Disciplinas pesquisadas por instituição de ensino em outros estados da federação

DISCIPLINAS	INSTITUIÇÕES PESQUISADAS					
	FACULDADE BAIANA	UFBA	UERJ	USP	UFMG	UFSC
História do Direito		X	X	X	X	X
Direito Penal I		X	X	X	X	X
TGP ou Processo Civil I		X	X	X	X	X
Direito Civil I		X	X	X	X	X
Teoria da Constituição ou Direito Constitucional I		X	X	X	X	X
Direito Administrativo I			X	X	X	X
Hermenêutica Jurídica		X			X	X
IED		X	X	X	X	X

Fonte: Elaboração própria com dados colhidos no bojo do plano de trabalho PI01333-2017/2, desenvolvido na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás (FD-UFG) de 25/07/2018 a 31/07/2019.

2. ANÁLISE QUANTITATIVA

Avaliar em que medida se deu a assimilação das transformações metodológicas e epistemológicas inauguradas com o giro hermenêutico-linguístico pelo ensino jurídico em Goiás é árdua tarefa, cuja realização passou, antes, pela delimitação das obras jurídicas mais recorrentes, considerando as indicações constantes dos planos de ensino (relativos ao ano de 2017) de treze instituições de ensino superior situadas em Goiás. Dessa forma, com os resultados das primeiras investigações, foram produzidas as tabelas a seguir.

Tabela 1. Recorrência das obras como indicação bibliográfica na disciplina

Introdução ao Estudo do Direito	
Obra	Recorrência (%) dentre as faculdades pesquisadas
REALE, Miguel. <i>Lições Preliminares de Direito</i> .	84,6
MONTORO, André Franco. <i>Introdução à Ciência do Direito</i> .	76,9
NADER, Paulo. <i>Introdução ao Estudo do Direito</i> .	69,2
FERRAZ JR., Tércio Sampaio. <i>Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação</i> .	61,5
DINIZ, Maria Helena. <i>Compêndio de Introdução à Ciência do Direito</i> .	53,8

Fonte: Elaboração própria com dados colhidos no bojo do plano de trabalho PI01333-2017/2, desenvolvido na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás (FD-UFG) de 25/07/2018 a 31/07/2019.

Tabela 2. Recorrência das obras como indicação bibliográfica na disciplina

História do Direito	
Obra	Recorrência (%) dentre as faculdades pesquisadas
WOLKMER, Antônio Carlos. <i>Fundamentos de História do Direito</i> .	72,7
CASTRO, Flávia Lages de. <i>História do Direito Geral e do Brasil</i> .	72,7
LOPES, José Reinaldo de Lima. <i>O Direito na História</i> .	54,5
NASCIMENTO, Walter Vieira do. <i>Lições de História do Direito</i> .	54,5
GILISSEN, John. <i>Introdução Histórica ao Direito</i> .	54,5

Fonte: Elaboração própria com dados colhidos no bojo do plano de trabalho PI01333-2017/2, desenvolvido na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás (FD-UFG) de 25/07/2018 a 31/07/2019.

Tabela 3. Recorrência das obras como indicação bibliográfica na disciplina

Direito Penal I	
Obra	Recorrência (%) dentre as faculdades pesquisadas
JESUS, Damásio Evangelista de. <i>Direito Penal: parte geral</i> .	92,3
MIRABETE, Júlio Fabbrini. <i>Manual de Direito Penal</i> .	76,9
CAPEZ, Fernando. <i>Curso de Direito Penal: parte geral</i> .	61,5
GRECO, Rogério. <i>Curso de Direito Penal</i> .	61,5
BITENCOURT, Cezar Roberto. <i>Tratado de Direito Penal</i> .	61,5

Fonte: Elaboração própria com dados colhidos no bojo do plano de trabalho PI01333-2017/2, desenvolvido na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás (FD-UFG) de 25/07/2018 a 31/07/2019.

Tabela 4. Recorrência das obras como indicação bibliográfica na disciplina

Teoria Geral do Processo ou Processo Civil I	
Obra	Recorrência (%) dentre as faculdades pesquisadas
CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. <i>Teoria Geral do Processo</i> .	81,8
WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flavio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. <i>Curso Avançado de Processo Civil</i> .	54,5
THEODORO JÚNIOR, Humberto. <i>Curso de Direito Processual Civil</i> .	54,5
GRECO FILHO, Vicente. <i>Direito Processual Civil Brasileiro</i> .	45,4
CARNEIRO, Athos Gusmão. <i>Jurisdição e Competência: exposição didática</i> .	36,3
SANTOS, Moacyr Amaral. <i>Primeiras linhas de Direito Processual Civil</i> .	36,3
ALVIM, José Eduardo Carreira. <i>Teoria Geral do Processo</i> .	36,3

Fonte: Elaboração própria com dados colhidos no bojo do plano de trabalho PI01333-2017/2, desenvolvido na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás (FD-UFG) de 25/07/2018 a 31/07/2019.

Tabela 5. Recorrência das obras como indicação bibliográfica na disciplina

Direito Civil I	
Obra	Recorrência (%) dentre as faculdades pesquisadas
MONTEIRO, Washington de Barros. <i>Curso de Direito Civil: parte geral</i> .	33,3
RODRIGUES, Sílvio. <i>Direito Civil: parte geral</i> .	33,3
VENOSA, Sílvio de Salvo. <i>Direito Civil</i> .	58,3
GONÇALVES, Carlos Alberto. <i>Direito Civil Brasileiro</i> .	66,6
GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. <i>Novo Curso de Direito Civil: parte geral</i> .	75
DINIZ, Maria Helena. <i>Curso de Direito Civil Brasileiro</i> .	83,3

Fonte: Elaboração própria com dados colhidos no bojo do plano de trabalho PI01333-2017/2, desenvolvido na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás (FD-UFG) de 25/07/2018 a 31/07/2019.

Tabela 6. Recorrência das obras como indicação bibliográfica na disciplina

Teoria da Constituição ou Direito Constitucional I	
Obra	Recorrência (%) dentre as faculdades pesquisadas
LENZA, Pedro. <i>Direito Constitucional Esquemático</i> .	41,6
MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. <i>Curso de Direito Constitucional</i> .	41,6
BONAVIDES, Paulo. <i>Curso de Direito Constitucional</i> .	41,6
BULOS, Uadi Lammêgo. <i>Curso de Direito Constitucional</i> .	50
MORAES, Alexandre de. <i>Direito Constitucional</i> .	66,6
SILVA, José Afonso da. <i>Curso de Direito Constitucional Positivo</i> .	75

Fonte: Elaboração própria com dados colhidos no bojo do plano de trabalho PI01333-2017/2, desenvolvido na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás (FD-UFG) de 25/07/2018 a 31/07/2019.

Tabela 7. Recorrência das obras como indicação bibliográfica na disciplina

Direito Administrativo I	
Obra	Recorrência (%) dentre as faculdades pesquisadas
MEIRELLES, Hely Lopes. <i>Direito Administrativo Brasileiro</i> .	58,3
CARVALHO FILHO, José dos Santos. <i>Manual de Direito Administrativo</i> .	66,6
GASPARINI, Diógenes. <i>Direito Administrativo</i> .	75
MELLO, Celso Antônio Bandeira de. <i>Curso de Direito Administrativo</i> .	91,6
DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. <i>Direito Administrativo</i> .	100

Fonte: Elaboração própria com dados colhidos no bojo do plano de trabalho PI01333-2017/2, desenvolvido na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás (FD-UFG) de 25/07/2018 a 31/07/2019.

Tabela 8. Recorrência das obras como indicação bibliográfica na disciplina

Hermenêutica Jurídica	
Obra	Recorrência (%) dentre as faculdades pesquisadas
STRECK, Lenio Luiz. <i>Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito.</i>	40
GADAMER, Hans Georg. <i>Verdade e Método.</i>	40
MAXIMILIANO, Carlos. <i>Hermenêutica e Aplicação do Direito.</i>	60
BARROSO, Luís Roberto. <i>Interpretação e Aplicação da Constituição.</i>	60

Fonte: Elaboração própria com dados colhidos no bojo do plano de trabalho PI01333-2017/2, desenvolvido na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás (FD-UFG) de 25/07/2018 a 31/07/2019.

Ademais, para ilustrar o contraste entre a bibliografia indicada nos cursos de Direito no estado de Goiás, quando comparada àquela constante dos planos de ensino de instituições de ensino superior de outras regiões brasileiras, foi confeccionado a tabela a seguir.

Tabela 9. Diagnóstico da recorrência das obras mais indicadas nos planos de ensino de 2017 nas IES de outros estados da federação

Disciplina pesquisada	Obra	Recorrência (%) dentre as faculdades pesquisadas
Introdução ao Estudo do Direito	FERRAZ JR., Tércio Sampaio. <i>Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação.</i>	83,3
	REALE, Miguel. <i>Lições Preliminares de Direito.</i>	66,6
	DINIZ, Maria Helena. <i>Compêndio de Introdução à Ciência do Direito.</i>	33,3
História do Direito	GILISSEN, John. <i>Introdução Histórica ao Direito.</i>	83,3
	CASTRO, Flávia Lages de. <i>História do Direito Geral e do Brasil.</i>	50

Disciplina pesquisada	Obra	Recorrência (%) dentre as faculdades pesquisadas
Direito Penal I	JESUS, Damásio Evangelista de. <i>Direito Penal</i> : parte geral.	50
	BITENCOURT, Cezar Roberto. <i>Tratado de Direito Penal</i> .	83,3
Teoria Geral do Processo ou Processo Civil I	CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. <i>Teoria Geral do Processo</i> .	83,3
	WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flavio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. <i>Curso Avançado de Processo Civil</i> .	16,6
Direito Civil I	PEREIRA, Caio Mário da Silva. <i>Instituições de Direito Civil</i> .	100
	DINIZ, Maria Helena. <i>Curso de Direito Civil Brasileiro</i> .	50
	GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. <i>Novo Curso de Direito Civil</i> : parte geral.	33,3
Teoria da Constituição ou Direito Constitucional I	CANOTILHO, José Joaquim Gomes. <i>Direito Constitucional e Teoria da Constituição</i> .	83,3
	SILVA, José Afonso da. <i>Curso de Direito Constitucional Positivo</i> .	50
	MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. <i>Curso de Direito Constitucional</i> .	50
Direito Administrativo I	DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. <i>Direito Administrativo</i> .	100
	MEIRELLES, Hely Lopes. <i>Direito Administrativo Brasileiro</i> .	40
Hermenêutica Jurídica	GADAMER, HANS-Georg. <i>Verdade e método</i> .	100
	STRECK, Lenio Luiz. <i>Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito</i> .	75
	MAXIMILIANO, Carlos. <i>Hermenêutica e Aplicação do Direito</i> .	75

Fonte: Elaboração própria com dados colhidos no bojo do plano de trabalho P101333-2017/2, desenvolvido na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás (FD-UFG) de 25/07/2018 a 31/07/2019.

3. ANÁLISE QUALITATIVA

Para testar a hipótese elaborada nesta pesquisa, que aponta para a possibilidade de uma contraditória constitucionalização sem giro linguístico como sendo a realidade da maioria das experiências de ensino jurídico em Goiás, foi selecionado um capítulo de cada uma das dez obras de maior recorrência no ensino jurídico goiano (Tabelas 1 a 8) para a análise. Todavia, em atenção aos fins da presente publicação, que não pretende esgotar toda a abordagem empreendida na pesquisa, optou-se por reproduzir aqui apenas a análise das obras mais recorrentes em seis das disciplinas centrais pesquisadas.

Adianta-se que tal análise foi balizada pela observação da presença ou ausência (e da forma de manifestação) dos seguintes aspectos – considerados superados a partir do paradigma instituído pela virada linguística – e que, aqui, serviram como indicadores: (i) a interpretação assente no esquema sujeito-objeto (modelo subsuntivo); (ii) os dualismos metafísicos, tais como essência e acidente, substância e propriedade, aparências e realidade, típicos da filosofia da consciência; (iii) a cisão entre interpretação e aplicação e a idealização das normas como dados pré-interpretativos; (iv) a visão dualista típica do jusnaturalismo ou de um positivismo hermeneuticamente ingênuo (normativismo abstrato); (v) a crença em um conteúdo constitucional fixo, preestabelecido e anterior ao processo de interpretação; (vi) as distinções comumente estabelecidas entre princípios e regras, nas quais se identificam falhas; (vii) a confusão entre normas e textos; (viii) a concepção de normas como justificadas apenas por seu processo técnico de criação (modelo burocrático), ao invés de pensadas como desdobramentos do projeto constitucional (modelo democrático); (ix) a absolutização do método, ignorando que a revelação da verdade depende sempre de um constante diálogo com a tradição que se faz presente na plêiade de pré-compreensões que formam, ontologicamente, a compreensão individual e (x) a neutralidade artificial do Direito e do aplicador do Direito.

3.1 Introdução ao Estudo do Direito

Na obra analisada, Reale (2002, p. 292) salienta o caráter unitário do processo hermenêutico-jurídico. Contesta, em primeiro lugar, que se deva partir, progressivamente, da análise gramatical do texto até atingir sua compreensão sistemática, lógica e axiológica. Entende que essas pesquisas, desde o início, se imbricam e se exigem reciprocamente, mesmo porque, desde Saussure, não se tem mais uma compreensão analítica ou associativa da linguagem, a qual também só pode ser entendida de maneira estrutural, em correlação com as estruturas e mutações sociais. Assim, fica claro que a interpretação não se divide em partes, tal qual ensina a hermenêutica pós-giro.

O autor já incorporara a noção de interpretação como processo criativo, e não meramente reprodutivo². Nesse sentido, ele afirma que a hermenêutica jurídica atual desenvolve, de maneira mais orgânica, a compreensão histórico-evolutiva, entendendo a norma jurídica em termos de: a) um modelo operacional de uma classe ou tipo de organização ou de comportamentos possíveis; b) que deve ser interpretado no conjunto do ordenamento jurídico; c) implicando a apreciação dos fatos e valores que, originariamente, o constituíram; e d) assim como em função dos fatos e valores supervenientes. É dessa dupla visão, retrospectiva e prospectiva da norma, que deve resultar o seu significado concreto, reconhecendo-se ao intérprete um papel positivo e criador no processo hermenêutico (REALE, 2002, p. 293-294).

Outro aspecto que merece ser ressaltado é a superação, na literatura realeana, da ficção da vontade do legislador, já que não há um conteúdo normativo preestabelecido e anterior ao processo de interpretação. O autor pontua que, no contexto da Escola da Exegese, o jurista deveria, por meio da interpretação lógica e gramatical, cumprir o seu dever de aplicador da lei, conforme a intenção original do legislador, chegando-se ao extremo de afirmar que se o intérprete substituir a intenção do le-

² O intérprete não realiza apenas uma atividade “reprodutiva” do texto, senão que o atualiza de acordo com as circunstâncias do momento, por isso se fala do seu labor “produtivo”. A importância da hermenêutica filosófica gadameriana é justamente ter demonstrado que toda interpretação é a compreensão atual do passado.

gislador pela sua, o Judiciário estará invadindo a esfera de competência do Legislativo.

Na época, a distinção entre interpretação extensiva e interpretação estrita servia, na realidade, de instrumento técnico que permitia a adequação das normas às relações sociais, em função da tábua de valores dominantes. A seguir, o próprio Reale reconhece como inevitável que novas formas de compreensão do direito passassem a ser exigidas, dada a rigidez daqueles velhos ensinamentos de hermenêutica jurídica (REALE, 2002, p. 280-281). No Direito, o intérprete pode avançar mais, dando à lei uma significação imprevista, completamente diversa da esperada ou querida pelo legislador, em virtude de sua correlação com outros dispositivos, ou então pela sua compreensão à luz de novas valorizações emergentes no processo histórico.

Ademais, na concepção realeana do Direito, este é dotado de uma estrutura tridimensional (Direito como ordenamento e sua respectiva ciência; Direito como fato ou em sua efetividade social e histórica; e Direito como valor de Justiça), segundo a qual: a) onde quer que haja um fenômeno jurídico, há, sempre e necessariamente, um fato subjacente; um valor, que confere determinada significação a esse fato, inclinando ou determinando a ação dos homens no sentido de atingir ou preservar certa finalidade; e, finalmente, uma regra ou norma, que representa a relação ou medida que integra um daqueles elementos ao outro; b) tais elementos não existem separados uns dos outros, mas coexistem numa unidade concreta; c) esses elementos não só se exigem reciprocamente, mas atuam como elos de um processo de tal modo que a vida do Direito resulta da interação dinâmica e dialética dos três elementos que a integram.

Posto isso, diferentemente da maioria das posturas críticas do positivismo jurídico em nosso país, que acabaram por perpetuar alguns dos reducionismos marcantes do positivismo ou retornaram a uma perspectiva antinormativista, tendencialmente jusnaturalista ou moralista (COELHO, 2017, p. 119), o culturalismo realeano exerceu papel preparatório fundamental para o fenômeno jusfilosófico chamado de giro linguístico-pragmático ou linguístico-hermenêutico na cultura jurídica nacional, ao propor uma compreensão do Direito como “ambiente linguístico privilegiado para se pensar a totalidade do real” (COELHO, 2017, p. 120).

3.2 Direito Penal I

Nesta obra, o autor (JESUS, 2009) afirma que o intérprete deve empregar os tradicionais métodos gramatical³ e teleológico para chegar a uma conclusão, que constitui o resultado interpretativo. Desde aí, percebe-se o apego à interpretação assente no esquema sujeito-objeto (modelo subsuntivo), por meio do estudo restrito aos métodos tradicionais de interpretação.

Em outra ocasião, o autor avança ao reconhecer a inevitabilidade da interpretação, quando destaca a importância e a necessidade de interpretação da lei penal, pois o pensamento que nela se contém, por mais claro que seja, exige um trabalho prévio do exegeta, no sentido de declarar a existência de uma relação de vida subordinada às determinações do Direito (JESUS, 2009, p. 33).

Todavia, retornando à uma ideia já superada de conhecimento do passado por meio da razão pura – sem mediação da própria tradição do intérprete –, o autor afirma que a interpretação é uma operação lógico-jurídica que se dirige a descobrir a vontade da lei⁴, em função de todo o ordenamento jurídico e das normas superiores da cultura, a fim de aplicá-las aos casos concretos da vida real.

³ Paulo de Barros Carvalho (1985, p. 56) assevera que “o desprestígio da chamada interpretação literal, como critério isolado da exegese, é algo que dispensa meditações mais sérias, bastando arguir que, prevalecendo como método interpretativo do Direito, seríamos forçados a admitir que os meramente alfabetizados com o auxílio de um dicionário de tecnologia, estariam credenciados a descobrir as substâncias das ordens legisladas, explicitando as proporções do significado da lei. O reconhecimento da tal possibilidade roubaria à Ciência do Direito todo o teor de suas conquistas, relegando o ensino universitário, ministrado nas faculdades, a um esforço inútil, sem expressão e sentido prático de existência”.

⁴ Ora, não se sustenta mais a ficção da vontade do legislador, do espírito do legislador, da vontade da norma. Santiago, citado por Ferraz Jr., ironiza as propriedades que caracterizam o legislador racional, uma vez que ele é uma figura singular, não obstante os colegiados, etc.; é permanente, pois não desaparece com a passagem do tempo; é único como se todo o ordenamento obedecesse à uma única vontade; é consciente, porque conhece todas as normas que emana; é finalista, pois tem sempre uma intenção; é onisciente, pois nada lhe escapa, sejam eventos passados, futuros ou presentes; é onipotente, porque suas normas vigem até que ele mesmo as substitua; é justo, pois jamais quer uma injustiça; é coerente, ainda que se contradiga na prática; é onicompreensivo, pois o ordenamento tudo regula, explícita ou implicitamente; é econômico, ou seja, nunca é redundante; é operativo, pois todas as normas têm aplicabilidade, não havendo normas nem palavras inúteis; e, por último, é preciso, pois apesar de se valer de palavras de linguagem natural, vagas e ambíguas, sempre lhe confere um sentido rigorosamente técnico. Cf. FERRAZ JR., 1987, p. 254-255.

3.3 Direito Civil I

Na obra de Maria Helena Diniz (2007), salta aos olhos a forte presença da dicotomia sujeito-objeto, própria da filosofia da consciência, como se a linguagem fosse um *tertius* apto a buscar “verdades silentes”. A autora entende que interpretar é descobrir o sentido e o alcance da norma, procurando a significação dos conceitos jurídicos. Para ela, interpretar é explicar, esclarecer; dar o verdadeiro significado do vocábulo; extrair, da norma, tudo o que nela se contém, revelando seu sentido apropriado para a vida real e conducente a uma decisão (DINIZ, 1993).

Percebe-se que os dualismos metafísicos⁵, tais como essência e acidente, substância e propriedade, aparências e realidade, típicos da filosofia da consciência, são constantes na obra. Por exemplo, quando a autora afirma que os conceitos refletem, em seu entender, a essência da coisa, e as palavras são veículos dos conceitos, supondo isto a relação entre significados das expressões linguísticas e a realidade. Nesse sentido, diz que é preciso definir exatamente a norma jurídica, purificando-a de seus elementos contingentes, que encobrem a sua verdadeira natureza, assinalando as essências que fazem dela uma realidade diferente de todas as realidades sociais (DINIZ, 2007, p. 24). A essência é atemporal, não está no espaço, é *a priori*, porque não depende desta ou daquela experiência; a ela não chegamos através dos sentidos, mas da intuição intelectual, e é neutra ao valor. (DINIZ, 2007, p. 25-46).

É importante assinalar também a crença em um conteúdo normativo preestabelecido e anterior ao processo de interpretação e na neutralidade artificial do Direito e do aplicador do Direito. Segundo a autora, colocado ante a uma norma, o sujeito cognoscente vai depurando-a, objetivamente, através de fases sucessivas de eliminação, até captá-la em toda a sua pureza.

⁵ A tradição filosófica ocidental herdou dos gregos uma série de dualismos metafísicos, tais como essência e acidente, substância e propriedade e aparências e realidade. A partir da tradição grega e da filosofia medieval e da filosofia da consciência, esses problemas surgem como consequência de considerar a linguagem como uma terceira coisa que se interpõe entre o sujeito e o objeto, formando uma barreira que dificulta o conhecimento humano de como são as coisas em si mesmas. Cf. STRECK, 2009, p. 163-164.

O modelo subsuntivo é marcante na obra, sobretudo quando se registra que a aplicação do direito encerra as seguintes operações técnicas: construção de conceitos jurídicos, definindo tecnicamente os vocábulos contidos na lei, e ordenação sistemática do direito pelo jurista; determinação da existência espaço-temporal da norma pelo órgão aplicador; interpretação da norma pelo jurista e pelo órgão, ao subsumir; integração do direito pelo órgão, ao preencher lacunas; investigação corretiva do direito pelo jurista e pelo órgão, ao solucionar antinomia real; determinação, pelo órgão, da norma aplicável, por servir de fundamento de validade à norma individual (sentença ou acórdão) e estabelecimento de uma relação entre a norma individual, criada pelo órgão para o caso *sub judice*, e outras do ordenamento, que se sabe válidas (DINIZ, 2007, p. 63).

Com efeito, nesta obra, os princípios gerais de direito são introduzidos no Direito como um critério positivista de fechamento do sistema, visando a preservar a pureza e a integridade do mundo de regras; ao passo que os princípios constitucionais são tratados como se fossem princípios gerais de direito positivados no texto constitucional. Diniz (2007, p. 80-81) aponta que, quando a analogia e o costume falham no preenchimento da lacuna, o magistrado supre a deficiência da ordem jurídica, adotando princípios gerais de direito. Ainda, diz que alguns deles foram positivados na Constituição, como a função social da propriedade.

Todavia, ao revés, sabe-se que os princípios promovem um “fechamento interpretativo” contra discricionariedades judiciais, diferentemente da concepção de princípio como reserva hermenêutica para resolver casos difíceis, de forma que os princípios constitucionais não podem ser vistos como apenas uma nova versão dos princípios gerais do direito.

3.4 Hermenêutica Jurídica

Nesta disciplina, as duas obras mais recorrentes foram objeto de análise.

Na obra de Carlos Maximiliano, desde o início, é perceptível a busca da reprodução do sentido originário da norma⁶: o autor entende que interpretar é a busca do esclarecimento, do significado verdadeiro de uma expressão; é extrair de uma frase, de uma sentença, de uma norma, tudo o que nela se contém (MAXIMILIANO, 2011, p. 7).

Por outro lado, a interpretação se desprende da ficção da vontade do legislador, de forma que para o autor:

O aplicador moderno da lei antiga, se acaso se refere à intenção do legislador, obedece a um pendor misoneísta, age sob o impulso do hábito inveterado, empresta cores da realidade a uma figura que não vem ao caso, não cogitou do presente, não poderia prever tudo; em suma, o exegeta simula buscar a força ativa primordial, porém, de fato, recorre a uma entidade inexistente, fantástica, braceja no desconhecido, e volta com ares de ter descoberto a verdade, quando apenas se embala e se perde no mundo da ficção. (MAXIMILIANO, 2011, p. 21).

Há também outro aspecto positivo digno de nota. O autor afirma que “se pensa em todos os países cultos” que o magistrado não formula o Direito, interpreta-o apenas; e esta função ainda é exercida somente quando surge a dúvida, sobre a exegese, em caso forense (MAXIMILIANO, 2011, p. 48-49). Todavia, o próprio autor (MAXIMILIANO, 2011, p. 32) sustenta a inevitabilidade da interpretação (não aplicação do princípio *in claris cessat interpretatio*), esclarecendo que, quando a frase não é precisa, aumenta a necessidade de exegese, porém a parte mais nobre e mais fecunda de investigar é a que examina leis não defeituosas. Por essa razão, Lenio Streck (2009, p. 94) declara expressamente que, em toda a sua trajetória, Maximiliano defende que a interpretação de um texto é sempre necessária.

Ainda assim, os dualismos metafísicos típicos da filosofia da consciência se fazem presentes na obra. Segundo Maximiliano (2011, p. 6),

⁶ A hermenêutica filosófica não propõe como suficiente o saber prévio do sentido original do texto para a sua aplicação posterior. Não existe uma compreensão originária e logo uma aplicação. O intérprete incorpora sua própria situação histórica na compreensão histórica do texto, configurando, só nesse momento, o “sentido originário”. O texto não existe autonomamente, independente de uma interpretação, senão que precisa do intérprete para ter “vida”.

para atingir o escopo de todo o Direito objetivo é forçoso examinar: a) a norma em sua essência, conteúdo e alcance (*quoestio juris*, no sentido estrito); b) o caso concreto e suas circunstâncias (*quoestio facti*); c) a adaptação do preceito à hipótese em apreço.

Registra-se, por fim, o apego aos métodos tradicionais de interpretação: para o autor, a interpretação aproveita-se dos elementos gramatical, ou melhor, filológico; e o lógico, subdividido este em lógico propriamente dito, e social, ou sociológico. A diferença entre os dois principais elementos consiste em que um só se preocupa com a letra do dispositivo; o outro, com o espírito da norma em apreço (MAXIMILIANO, 2011, p. 87).

Por outro lado, na segunda obra analisada, Luís Roberto Barroso (2009) efetivamente promove a associação das transformações hermenêuticas à discussão própria da esfera jurídico-constitucional. Primeiramente, cumpre apontar que a facticidade e a historicidade do intérprete são entendidas como o lócus da pré-compreensão, condição de possibilidade para qualquer interpretação, logo na introdução da obra. O autor esclarece que o trabalho ali desenvolvido parte da premissa consolidada de que a interpretação não é um fenômeno absoluto ou atemporal. Ela espelha o nível de conhecimento e a realidade de cada época, bem como as crenças e valores do intérprete, sejam os do contexto social em que está inserido, sejam os de sua própria individualidade (BARROSO, 2009, p. 3).

Além disso, fica claro que a possibilidade de revelação da verdade depende sempre da situação hermenêutica (horizonte histórico) em que se encontra o sujeito que se põe a compreender. Barroso (2009, p. 128) afirma que a interpretação constitucional é um fenômeno múltiplo sobre o qual exercem influência (a) o contexto cultural, social e institucional, (b) a posição do intérprete (em especial de suas pré-compreensões que condicionam a interpretação) e (c) a metodologia jurídica.

No tocante à inevitabilidade da interpretação, o autor sustenta que toda norma jurídica e, *ipso facto*, toda norma constitucional, precisa ser interpretada. Interpretam-se todas as leis, sejam claras ou obscuras, pois não se deve confundir a interpretação com a dificuldade de interpretação. Destaca que não compartilha da posição de Konrad Hesse, que nega o ca-

ráter de interpretação à atividade de revelar o conteúdo da norma constitucional quando “não se suscitam dúvidas”.

A respeito do apego da dogmática a uma compulsiva lógica da aparência de sentidos – que opera como uma espécie de garantia de obtenção, em forma retroativa, de um significado que já estava na lei desde a sua promulgação – Barroso esclarece que o que é mais relevante não é a *occasio legis*, a conjuntura em que editada a norma, mas a *ratio legis*, o fundamento racional que a acompanha ao longo de toda a sua vigência. Este é o fundamento da chamada interpretação evolutiva.⁷

De forma semelhante a Marcelo Neves (2013), que apresenta o papel dos princípios no paradoxo da relação entre consistência jurídica e adequação social do direito, Barroso (2009, p. 164) indica que a generalidade, a abstração e a capacidade de expansão dos princípios permite ao intérprete, muitas vezes, superar o legalismo estrito e buscar no próprio sistema a solução mais justa, superadora do *summum jus, summa injuria*. Mas são esses mesmos princípios que funcionam como limites interpretativos máximos⁸, neutralizando o subjetivismo voluntarista dos sentimentos pessoais e das conveniências políticas, reduzindo a discricionariedade do aplicador da norma e impondo-lhe o dever de motivar seu convencimento.

Em complemento, sobre a neutralidade artificial do Direito e do aplicador do Direito, Barroso pondera que o problema não está na neutralidade em si, mas em qual ponto de referência do que seja neutro. A ideia de neutralidade do Estado, da lei e de seus intérpretes, divulgada pela doutrina liberal-normativista, toma por base o *status quo*. Neutra é a decisão ou a atitude que não afeta nem subverte as distribuições de poder e riqueza existentes na sociedade, relativamente à propriedade, renda, acesso às informações, à educação, às oportunidades, etc. Ora, tais distribuições não são fruto do acaso ou de uma ordem natural, mas do direi-

⁷ As normas, ensina Miguel Reale, “valem em razão da realidade de que participam, adquirindo novos sentidos ou significados, mesmo quando mantidas inalteradas as suas estruturas formais.” apud BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 151.

⁸ Importa ressaltar que a norma é produto da interpretação do texto e o intérprete sempre atribui sentido ao texto, mas isso não significa que o intérprete pode dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa (sentidos arbitrários), como se texto e norma tivessem existência autônoma.

to posto. E, frequentemente, nada têm de justas. A ordem social vigente é fruto de fatalidades, disfunções e mesmo perversidades históricas. Usá-la como referência do que seja neutro é evidentemente indesejável (BARROSO, 2009, p. 293).

Cuida-se de se pensar, necessariamente, a partir de um olhar constitucional e constitucionalista os problemas jurídicos, desde uma perspectiva crítica acerca do fenômeno constitucional, das práticas efetivamente adotadas pelas instituições e das performances discursivas daí advindas, uma permanente tensão entre promessas e (in)adimplementos constitucionais (COELHO, 2019, p. 22-25). Clama-se pela produção de um conhecimento e uma prática asseguradores das grandes conquistas históricas, mas igualmente comprometidos com as transformações das estruturas vigentes; o esboço de uma dogmática autocrítica e progressista, que ajude a ordenar um país capaz de gerar riquezas e distribuí-las adequadamente (BARROSO, 2009, p. 303).

3.5 Teoria Geral do Processo ou Processo Civil I

Na obra analisada (CINTRA *et al.*, 2013, p. 89), os autores afirmam que a própria Constituição se incumbe de configurar o direito processual não mais como mero conjunto de regras acessórias de aplicação do direito material, mas, cientificamente, como instrumento público de realização da justiça. Assim, as normas são compreendidas como desdobramentos do projeto constitucional e com vistas à realização deste projeto, no bojo do constitucionalismo compromissório (modelo democrático), diferentemente do positivismo abstrato.

Ainda, embora apontem o caráter eminentemente técnico de que, muitas vezes, são dotadas as normas processuais, os autores destacam que a neutralidade ética que geralmente se empresta à técnica não tem aplicação ao processo, que é instrumento ético de solução de conflitos, profundamente vinculado aos valores fundamentais que informam a cultura da nação. Desse modo, o processo deve absorver os princípios básicos de ordem ética e política que orientam o ordenamento jurídico por ele integrado, para constituir-se em meio idôneo para obtenção do escopo de pacificar e fazer justiça (CINTRA *et al.*, 2013, p. 100).

Ademais, é digna de nota a compreensão de que a tarefa interpretativa, não obstante compreenda diversos momentos e aspectos, apresenta um caráter unitário, visto que não atinge o seu objetivo senão na sua inteireza e complexidade, tendo a interpretação e integração caráter criador, no campo jurídico, pondo em contato direto as regras de direito e a vida social (CINTRA *et al.*, 2013, p. 112; 114).

3.6 Direito Administrativo I

Nesta obra, que representa unanimidade nos planos de ensino analisados, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2017, p. 32-34) incorpora a concepção de normas como desdobramentos do projeto constitucional (modelo democrático), e não justificadas apenas pela instrumentalização de uma racionalidade positivista.

Segundo a autora, o Direito Administrativo atual – de base essencialmente constitucional – foi enriquecido pelos ideais de centralidade e dignidade da pessoa humana, de participação, de transparência, de exigência de motivação, de processualização, de controle social. Assim, apresenta a Constitucionalização do Direito Administrativo como uma tendência real, entendida em dois sentidos: (a) elevação, ao nível constitucional, de matérias antes tratadas por legislação infraconstitucional; (b) irradiação dos efeitos das normas constitucionais por todo o sistema jurídico. No primeiro sentido, a constitucionalização teve início já com a Constituição de 1934, fortaleceu-se consideravelmente com a Constituição de 1988 e foi reforçada por meio de suas Emendas. O segundo sentido de constitucionalização do Direito Administrativo produziu reflexos intensos sobre o princípio da legalidade (que resultou consideravelmente ampliado) e a discricionariedade (que resultou consideravelmente reduzida). A constitucionalização de princípios e valores passou a orientar a atuação dos três Poderes do Estado (DI PIETRO, 2017, p. 55-56).

Quanto ao “fechamento interpretativo” promovido pelos princípios, Di Pietro (2017, p. 57) observa que a consequência da ampliação da legalidade – que no Estado Democrático de Direito passou a significar a sujeição ao Direito (lei, valores, princípios) – é a redução da discricionariedade e, em consequência, do mérito do ato administrativo (aspecto

concernente à oportunidade e conveniência da decisão diante do interesse público). Essa redução já vinha ocorrendo no decurso do tempo, pela aplicação das teorias do desvio de poder e dos motivos determinantes.

Nota-se também uma preocupação da autora com relação à discricionariedade relacionada aos conceitos indeterminados. Segundo ela, quando se aceitou, no direito brasileiro, a teoria dos conceitos jurídicos indeterminados (conceitos plurissignificativos, utilizados nas regras jurídicas, como interesse público, urgência, utilidade pública, etc.), tais conceitos eram considerados aspectos de mérito, excluídos da apreciação judicial; hoje se considera que, sendo conceitos jurídicos, são passíveis de interpretação e, portanto, de controle pelo Poder Judiciário. O Judiciário não pode mais alegar, a priori, que o termo indeterminado utilizado na lei envolve matéria de mérito e, portanto, aspecto discricionário vedado ao exame judicial. Desse modo, o juiz tem primeiro que interpretar a norma diante do caso concreto a ele submetido e só após essa interpretação é que poderá concluir se a norma outorgou ou não diferentes opções à Administração Pública. A existência de diferentes opções válidas perante o direito afasta a possibilidade de correção do ato administrativo que tenha adotado uma delas.

Outrossim, são tecidos comentários no sentido da superação do positivismo hermeneuticamente ingênuo ou normativismo abstrato, que reduz o Direito apenas ao plano do enunciado lógico-normativo. A autora esclarece que, hoje, o método de estudo do direito, idealizado pela Escola da Exegese, tem valor apenas histórico, porque representa o fruto de uma época – a das grandes codificações –, tendo perdurado durante praticamente todo o século XIX, sem condições de prosperar com as transformações sociais, econômicas e filosóficas que foram ocorrendo especialmente a partir de fins daquele século e começo do século XX (DI PIETRO, 2017, p. 71).

4. CONCLUSÃO

Após analisar, sinteticamente, os referenciais teóricos mais recorrentes nos planos de ensino de 2017 das treze instituições de ensino supe-

rior pesquisadas, ora denunciando as permanências insistentes, ora apontando os avanços, conclui-se que a mudança de paradigma da filosofia da consciência para a filosofia da linguagem ainda não foi devidamente recepcionada na abordagem didática cotidiana da educação jurídica goiana, sobretudo nas disciplinas de Direito Civil I, Direito Penal I e Hermenêutica Jurídica.

Forçoso compreender a não superação, pela dogmática jurídica, do paradigma de prevalência da lógica do sujeito cognoscente, que se sustenta no sentido comum teórico dos juristas (WARAT, 1994, p. 57), relacionado diretamente com processo de aprendizagem nas escolas de Direito, muitas vezes, presas às velhas práticas. O ensino jurídico permanece no universo do texto que sabe tudo, que diz tudo, que faz as perguntas e dá as respostas.

Em outras palavras, notadamente nas três disciplinas mencionadas, o positivismo ainda é a regra, a dogmática jurídica trabalhada nas salas de aula considera o Direito como sendo uma mera racionalidade instrumental, a partir da reprodução inconsciente da metafísica relação sujeito-objeto. A prática continua refratária ao *linguistic turn* e desconectada do que acontece no cotidiano da sociedade. Por conseguinte, a reprodução inautêntica (Gadamer) de pré-juízos resulta em uma espécie de conformismo dos operadores jurídicos, que sufoca as possibilidades interpretativas, porque, quando submetido à pressão do novo, reage institucionalizando a crítica, permitindo apenas discussões periféricas, que não ultrapassem o teto hermenêutico prefixado (STRECK, 2009, p. 65-75).

Ao contrário do que se propõe no círculo hermenêutico gadameriano – em verdade, uma espiral hermenêutica, porque esse movimento vai, ao longo do processo, estabelecendo novos patamares de interpretação, que, por sua vez, lançarão novas luzes sobre os preconceitos, seguindo rumo a um entendimento mais adequado – o jurista, que foi aluno, inserido em um *habitus dogmaticus*, não se dá conta das contradições do sistema jurídico e, em última instância, a sua alienação colabora para a supressão de direitos. Ainda, não é demais afirmar que esse *establishment* permite, por exemplo, que os autores de textos jurídicos façam política jurídica encoberta, ao apresentar como meras descrições do direito positivo suas interpretações pessoais baseadas em valorações.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 1985.

CATTONI DE OLIVEIRA. *Contribuições para uma Teoria Crítica da Constituição*. 1. ed. Belo Horizonte: Arraes, 2017.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

COELHO, Saulo de Oliveira Pinto. Constitucionalismo crítico, políticas públicas e desenvolvimento inclusivo. *Revista CONPEDI*, Florianópolis, 8. ed., p. 22-25, 2019.

COELHO, Saulo de Oliveira Pinto. O Culturalismo Jurídico como superação não-reducionista do Positivismo: uma componente pouco valorizada do giro linguístico do Direito no Brasil. *Revista Culturas Jurídicas*, v. 4, p. 119-140, 2017.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 1993.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1987.

GADAMER, Hans-Georg. *Truth and Method*. London: Continuum, 2004.

JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal. v 1: parte geral*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LAWN, Chris; KEANE, Niall. *The Gadamer Dictionary*. Londres: Continuum, 2011.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

NEVES, Marcelo. *Constituição e Direito na Modernidade Periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2018.

NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do Sistema Jurídico*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

REALE, Miguel. *Direito como experiência*. São Paulo: Saraiva, 1992.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27. ed. ajustada ao novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002.

SALGADO, Joaquim Carlos. O Estado Ético e o Estado Poiético. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 27, n. 2, p. 37-68, abr./jun. 1998.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito I*. Porto Alegre: Fabris, 1994.

Capítulo IX

A CORRUPÇÃO POLÍTICA-ADMINISTRATIVA NO BRASIL: ENTRAVE AO DESENVOLVIMENTO SOCIOECONÔMICO E INSTRUMENTOS LEGAIS PUNITIVOS

GERMANO CAMPOS SILVA

GABRIELA YUMI GERVÁSIO TANO

Resumo: O presente artigo faz uma análise historiográfica quanto à corrupção na administração pública como uma das causas para as desigualdades sociais e para a miséria que afeta parcela da população brasileira. Visto que a corrupção atinge a riqueza material de uma sociedade, fere os direitos essenciais à vida ao permitir a exclusão social, retirando não só a qualidade de vida, mas também o mínimo existencial. Diante disso, o estudo tem como objetivo a análise e o combate estrutural à corrupção administrativa, tendo por referência a experiência histórica das instituições públicas brasileiras e a observância aos princípios constitucionais da moralidade, da probidade, da boa-fé e da ética aos agentes públicos no desempenho de suas funções, além dos instrumentos legais punitivos àqueles que praticam corrupção no âmbito da administração pública.

Palavras-chave: Corrupção. Administração pública. Moralidade.

1. AS ORIGENS DA CORRUPÇÃO POLÍTICO-ADMINISTRATIVA NO DECORRER DA HISTÓRIA DO BRASIL

A corrupção é o ato de corromper um indivíduo com o fim de obter vantagens através de meios reputados ilícitos ou ilegais. Originalmente, a palavra corrupção advém do latim *corruptio*, que representa o ato de que-

brar em pedaços, isto é, deteriorar, decompor algo, denotando-se através de tais significados que a corrupção é algo negativo, provém de um comportamento desviante, reprovável.

Um dos pioneiros a definir corrupção foi o cientista americano Valdimer Orlando Key (1936, p. 5-6), influenciando trabalhos posteriores. Assim ele discorreu sobre o assunto: “A corrupção é o controle abusivo do poder e dos recursos do governo visando tirar proveito pessoal ou partidário. Tal proveito pode ser na forma de poder ou controle dentro da organização política ou na forma de apoio político por parte de vários indivíduos [...]”.

Neste sentido, extrai-se do ordenamento jurídico brasileiro, mais especificamente do Código Penal, a tipificação das condutas de corrupção ativa e passiva. Segundo o artigo 317 do Código Penal, a corrupção passiva é o ato de “solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem” (BRASIL, online) Já a corrupção ativa, de acordo com o artigo 333 do referido Código, se materializa no ato de “oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício” (BRASIL, online).

Desta forma, nota-se que a corrupção passiva é um crime praticado por um funcionário público contra a Administração Pública e a corrupção ativa é um crime praticado por um particular contra a Administração Pública (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, online).

Ademais, infere-se que a corrupção é um delito de difícil constatação, porque é dissimulada e não pode ser equiparada a outras condutas ilícitas, conforme pontua Paulo Carvalho (2015, p. 39):

Com efeito, a corrupção tem três características que a diferenciam dos demais ilícitos e dificultam a utilização de técnicas convencionais de repressão. Em primeiro lugar, a corrupção é invisível e secreta: trata-se de um acordo entre o corrupto e o corruptor, cuja ocorrência, em regra, não chega ao conhecimento de terceiros. Além disso, a corrupção não costuma deixar rastros: o crime pode ser praticado mediante inúmeras condutas cuja identificação é difícilíssima, e, ainda que provada uma transação financeira, é ainda

necessário demonstrar que o pagamento tinha realmente por objetivo um suborno. Por fim, a corrupção é um crime sem vítima individualmente determinada – a vítima é a sociedade –, o que dificulta sua comunicação às autoridades, já que não há um lesado direto que se sinta obrigado a tanto.

Portanto, trata-se de uma contextura histórica coligada aos interesses privados daqueles que detêm poder ou controle da estrutura política ou até mesmo do funcionalismo público, observando-se que a corrupção não surgiu nos dias atuais, mas passou por transformações de acordo com a realidade brasileira desde o seu surgimento e se perpetua nos dias atuais.

1.1 A corrupção no Brasil colônia

A corrupção assola o Brasil desde a época de sua colonização pelos portugueses. Na realidade esse fenômeno acompanha a história da humanidade desde o princípio, sendo praticada mesmo em países com alto IDH e com baixíssimos índices de corrupção. Com efeito nenhuma sociedade, por mais desenvolvida que seja, está imune aos crimes de corrupção.

É impossível precisar em que momento da história humana surge o fenômeno da corrupção. Embora não se possa estabelecer com clareza o marco inicial da corrupção, é fato que esta acompanha a humanidade desde os seus primórdios (BOMFIM, online).

Não seria diferente em nosso país, segundo explica Lucas Rocha Furtado (2018, p. 21-22):

Nos primeiros anos que se seguiram ao descobrimento, a fraude mais comum na jovem colônia estava relacionada ao contrabando de mercadorias. O contrabando do ouro, que era praticado inclusive pelos clérigos, ocorria em grande escala. [...] O novo país foi construído, vê-se, sem qualquer compromisso moral ou ideológico de formar uma nação. Ao contrário, vinham aportar no Brasil somente aventureiros cujo único interesse era tirar proveito das riquezas locais e retornar a Portugal, fugindo, o mais rapidamente possível, das doenças, intempéries, ataques de índios canibais- que na época da descoberta ultrapassavam a casa dos milhões e que,

nos dias atuais, não chegam aos milhares em todos o território brasileiro- e de toda sorte de dificuldades que assolavam a jovem colônia. [...] A maneira como se deu a colonização brasileira- sucintamente descrita nas linhas anteriores- é normalmente apontada como a causa determinante de todas as dificuldades enfrentadas para o desenvolvimento econômico e social, e a denominada “herança portuguesa” é mencionada como a razão para os elevados índices de corrupção vigentes no Brasil.

Outra característica a ser levada em consideração, “é o perfil e o *animus* daqueles que vieram habitar as terras da antiga Ilha de Vera Cruz. Os portugueses navegavam em busca de riqueza fácil e abundante, com intuito de acumular fortunas e retornar ao seu país de origem” (FAORO, 2001, p. 127).

Logo, nota-se o desinteresse em construir uma nação por parte daqueles que vieram para o Brasil na época colonial, na realidade o único interesse era enriquecer, não importando os meios utilizados para isso, e retornar mais rapidamente à metrópole europeia.

Desde suas origens, a sociedade que se formava e que, consequentemente, temos hoje, carecia de valores éticos e morais, não havia distinção entre o certo e o errado, o lícito e o ilícito, até porque não existiam normas e leis que criminalizassem ou reprimissem certas condutas. Ainda sobre o assunto Hilton Boenos Aires e Arquimedes Fernandes Monteiro de Melo (2015, online) salientam que:

A sociedade e a administração no período colonial careciam de ordem e regramento, havendo forte ausência denexo moral, com etnias e indivíduos desunidos sem coesão no tecido social, perpetuavam verdadeiros polos de segregação entre grupos étnicos, impedindo que estes interagissem entre si. Neste cenário, corrupção torna-se um desdobramento natural, consequência comum em uma sociedade instável e abstrusa. Além dessa desunião, inclui-se pobreza, miséria, economia excludente, sem contar com dirigentes leigos e eclesiásticos movidos por fortes sentidos de ganância.

Portanto, conclui-se que todos os elementos que envolveram a colonização brasileira, sejam eles intrínsecos ou extrínsecos, influenciaram diretamente para construção do sistema político-administrativo que se co-

nhece hoje. O tempo ajudou a diluir um pouco essa influência, outrora mais acentuada, muito embora seja um legado que vem repercutindo e se manifesta até os dias atuais, culminando nos diversos escândalos de corrupção, como se verá em seguida.

1.2 A corrupção no Brasil atual

A corrupção acompanha o contexto histórico brasileiro estando inserida em todas as épocas. Nunca se falou tanto em corrupção como atualmente, talvez pelo fato de o tema estar em evidência todos os dias nos noticiários do país ou talvez pelo fato de a população estar se conscientizando sobre os efeitos que esse crime gera na sociedade.

A corrupção se faz presente no cotidiano das pessoas, ainda que muitos não tenham consciência desse fato. Para muitas pessoas a corrupção acontece somente na esfera política, com o desvio de verbas milionárias, mas essa não é a realidade.

A corrupção reside em toda ação de uma pessoa que descumpra certa norma, seja ela de ordem legal ou moral, motivada por um ganho de vantagem pessoal, prejudicando um terceiro ou a coletividade. O famoso “jeitinho brasileiro” exemplifica os atos de corrupção praticados por certos integrantes da sociedade.

Sobre o assunto Lucas Rocha Furtado (2018, p. 23), descreve que:

Sérgio Buarque de Holanda, certamente um dos maiores historiadores brasileiros, em seu clássico *Raízes do Brasil*, analisa a formação cultural do povo brasileiro a partir dos seguintes tipos contrapostos: o ibérico e o saxônico, o europeu e o indígena, o rural e o urbano, o senhor e o escracho. Na busca pela definição do traço comum, do que seria a principal característica do brasileiro, o autor constrói o perfil do “homem cordial”. Essa cordialidade brasileira se manifestaria pela tendência a estabelecer todas as suas relações com base na afetividade e, principalmente, na dificuldade de objetivar ou racionalizar suas relações, criando a figura do “jeitinho brasileiro” como meio de transgredir as regras, para não ferir susceptibilidades, violações ou transgressões que não apenas seriam repudiadas pela sociedade, como, ao contrário, constituiriam motivo de orgulho.

Nesse contexto, nota-se que sempre houve atos de corrupção na administração pública, porém, após a ditadura militar e a promulgação da Constituição Federal de 1988, a corrupção ganhou outro enfoque. Nesse período de redemocratização aconteceu um dos maiores escândalos de corrupção até então, principalmente por alguns fatores elucidados por José Antônio Martins (2008, p. 108):

[...] maior liberdade de imprensa, sendo possível denunciar casos de corrupção sem censura dos governos, atuação mais enérgica do Ministério Público e Promotores de Justiça, tendo eles maiores atribuições e destaque na sociedade; e o principal fator, maior participação da população na política, que agora, passa a dar mais atenção e importância à transparência das gestões pública.

Por isso, os brasileiros pagam um preço alto pela desonestidade de seus governantes. A Organização das Nações Unidas (ONU) apontou que o Brasil perde cerca de R\$ 200 bilhões com esquemas de corrupção por ano (O TEMPO, online). Algo intolerável diante das mazelas que grande parte da população vive, em consequência da má administração pública e, principalmente, dos diversos casos de corrupção praticados pelos políticos.

Nas últimas décadas, citam-se diversos escândalos de corrupção que ocorreram por todo o país, como a Operação Lava Jato, Mensalão, Caso Jorgina de Freitas, Máfia dos Transportes, Escândalo das Ambulâncias, Fraude na Sudam, Operação Curupira, Escândalo dos Bancos Marka e FonteCindam, Operação Navalha, Caso Banestado, Caso Furnas, entre tantos outros.

O escândalo de corrupção mais recente envolvendo políticos é a Operação que ficou conhecida como Lava Jato, decorrente do uso de uma rede de postos de combustíveis e lava jato de automóveis para movimentar recursos ilícitos pertencentes a uma das organizações criminosas inicialmente investigadas (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, online).

A operação descobriu a existência de um vasto esquema de corrupção na Petrobrás, envolvendo políticos de vários partidos e algumas das maiores empresas públicas e privadas do país, principalmente emprei-

teiras. O valor da propina variava de 1% a 5% do montante total de contratos bilionários superfaturados (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, online).

Portanto, depreende-se que ações corruptas sempre estiveram presentes na história do Brasil, mas, apesar de a corrupção política sempre ter existido, não quer dizer que isto exclua a necessidade de controle por parte do Estado e da sociedade. Dessa forma preza-se pelo caráter preventivo dessas condutas, além de legislações mais severas e punições efetivas.

2. CORRUPÇÃO E O ENTRAVE PARA O DESENVOLVIMENTO SOCIOECONÔMICO DO PAÍS

A corrupção fomenta a desigualdade social criando abismos entre os cidadãos. Esse crime demonstra um elevado grau de indiferença, desumanidade e egoísmo por parte de quem o pratica, servindo ao interesse de poucos, além de contribuir ainda mais para aumentar a exclusão social.

Em suma, a maior parte dos serviços fornecidos pelo Estado são de péssima qualidade, tendo este fato grande ligação com a corrupção praticada por aqueles que deveriam zelar pelo bem comum, gerando um obstáculo ao desenvolvimento econômico e social do país.

Nesse diapasão Lucas Rocha Furtado (2018, p. 57) destaca alguns dos inúmeros prejuízos sociais:

A desigualdade na distribuição da renda, um dos efeitos mais evidentes da corrupção, não deve ser considerada negativa apenas em razão dos seus reflexos sobre o desenvolvimento econômico do país. Ela é em si um dos maiores problemas a serem superados pelas sociedades modernas, e a corrupção constitui uma das principais causas para a manutenção da concentração da renda. Isso ocorre em razão de serem as populações carentes as que mais necessitam da ajuda do Estado. Os programas destinados à redução do analfabetismo e da mortalidade infantil ou à extinção do trabalho infantil são apenas alguns dos inúmeros programas sociais vulneráveis à corrupção.

Em nível global o Brasil ocupa o 106º lugar no Índice de Percepção da Corrupção (IPC) no ranking elaborado pela organização Transparência Internacional que avalia a percepção da corrupção no setor público em 180 países. O IPC pontua e classifica os países com base no quão corrupto o setor público é percebido por executivos, investidores, acadêmicos e estudiosos da área da transparência (TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL BRASIL, 2019, online).

O índice analisa aspectos como propina, desvio de recursos públicos, burocracia excessiva, nepotismo e habilidade dos governos em conter a corrupção. O Brasil possui 35 pontos contra 88 da Dinamarca, que ocupa o primeiro lugar no ranking de países menos corruptos do mundo, demonstrando o abismo entre os dois países (TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL BRASIL, 2019, online).

Segundo a Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (Fiesp), que realizou estudos sobre o custo da corrupção no Brasil, constatou-se que até 2,3% do PIB nacional são perdidos por ano com práticas corruptas (FIESP, online). Somente no caso da Petrobras, os desvios de recursos de forma ilegal envolvem entre R\$ 30 bilhões e R\$ 40 bilhões, o que consta inclusive de um estudo da Polícia Federal (PEQUENAS EMPRESAS, GRANDES NEGÓCIOS, online).

Esses dados demonstram a gravidade do crime contra a sociedade que a corrupção representa. Esse fato é acentuado ainda pela falta de informação da maior parte da população sobre os deveres de seus representantes e aplicação do dinheiro público, quanto mais baixa a escolaridade, maior a complacência do brasileiro com a corrupção, além do não interesse por política, carecem de conhecimentos capazes de promover uma fiscalização e cobrança dos políticos e das instituições no combate à corrupção.

Desta forma, apurou-se que os efeitos da falta de fiscalização e a impunidade de quem pratica a corrupção são catastróficos para a população brasileira. Segundo o relatório do Programa das Nações Unidas para Assentamentos Humanos, cerca de 33 milhões de brasileiros não têm onde morar. Além da moradia, a população sofre com a falta de saneamento básico, no país aproximadamente 48% da população brasileira ainda não tem coleta de esgoto, 35 milhões de brasileiros ainda não têm água tra-

tada, o que equivale à população inteira do Canadá. A falta de coleta de esgoto também atinge 59% das escolas do ensino fundamental no Brasil (SENADO FEDERAL, online).

Quando se trata da saúde, a situação é ainda pior, os desvios de recursos públicos na área da saúde geram grandes impactos à população, como filas imensas para tratamento médico, seja para uma simples consulta, um exame ou uma cirurgia. Faltam hospitais, leitos, medicamentos, materiais, equipamentos e profissionais, sendo a demanda muito maior que os serviços ofertados e suportados pelo Estado.

Inúmeros são os casos de espera que ultrapassam meses ou anos para a realização de exames médicos, dispensação de medicamento ou realização de cirurgia, e não raros os casos de falecimento do paciente pelo tempo de espera e falta de tratamento médico. Todos os dias direitos constitucionalmente assegurados são violados, como o direito à vida e a dignidade humana, e o crime de corrupção contribui diretamente para esse fato.

Com isso, a corrupção debilita o serviço público na medida em que eleva os custos e compromete os recursos, que se tornam insuficientes para fornecer um serviço de qualidade à população, tendo como características a ineficiência e sua baixa qualidade.

No que se refere ao aspecto econômico, a corrupção gera grandes prejuízos. O seu aumento provoca uma queda nos níveis de crescimento econômico, ensejando quebra de investimentos estrangeiros, aumento de barreiras à livre concorrência, aumento de custos indiretos, entre outros. Em suma, a corrupção torna o país mais oneroso de produzir e pouco atrativo para investimentos.

O professor Dr. Lucas Rocha Furtado (2018, p. 56-57) expõe de forma notável os reflexos da prática corruptiva no meio social e econômico do país:

Seja em razão da simples observação da realidade, seja em razão de estudos desenvolvidos no âmbito da macroeconomia, são evidentes os reflexos da corrupção sobre o desenvolvimento econômico de um país e, em consequência, sobre a qualidade de vida da população. Redução do consumo, necessidade de aumento dos gastos públicos, que torna improdutivos importantes recursos pú-

blicos, redução dos níveis de investimento, aumento da desigualdade social – decorrente do aumento da concentração de renda –, e transferência para o exterior por meio de mecanismos de lavagem de ativos de parcela significativa dos recursos destinados a importantes projetos sociais e econômicos, execução de projetos megalomânicos e de muito pouco interesse para o desenvolvimento da população e ineficiência generalizada decorrente do aumento dos custos de produção são apenas alguns dos efeitos da corrupção sobre a economia.

O que está intimamente ligado ao desenvolvimento econômico do país, uma vez que as pessoas terão que gastar com necessidades básicas que deveriam ser fornecidas pelo Estado, deixando de realizar investimentos, empreender, diminuindo seu poder aquisitivo, e até mesmo tirando-lhes a oportunidade de estudar e se qualificar, o que gera significativas perdas socioeconômicas.

Portanto, conclui-se que a corrupção tem consequências graves para a sociedade brasileira, incidindo precipuamente sobre dois aspectos inerentes ao desenvolvimento de qualquer país, o econômico e o social.

2.1 Princípio da moralidade administrativa

Diante de tudo isso, nota-se a carência de condutas éticas e morais por parte dos agentes públicos, ensejando atos corruptos dentro da Administração Pública, que não devem, em nenhuma hipótese, ser tolerados.

Nesse contexto, destaca-se o Princípio da Moralidade, mencionado no caput do artigo 37 da Constituição Federal, nos seguintes termos: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, **moralidade**, publicidade e eficiência” (BRASIL, 1998, online, grifou-se).

O artigo 5^a, inciso LXXIII, da Constituição também faz referência ao Princípio da Moralidade, que reforça a legitimidade do cidadão para denunciar qualquer ato que não esteja de acordo com a moralidade administrativa: “Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que

o Estado participe, à **moralidade administrativa**, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência” (BRASIL, 1998, on-line, grifou-se).

Portanto, foi a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 que o Princípio da Moralidade passou a ter *status* constitucional, sendo considerado integrante do sistema constitucional brasileiro.

Possui autonomia em relação aos demais princípios, dada a sua natureza principiológica, podendo ser caracterizado como uma exigência de que toda a Administração Pública seja voltada à satisfação do interesse público, sempre com escopo da busca pelo bem comum, desempenhando sua função pautada em uma conduta proba, ilibada, honesta e de boa-fé.

Nesse sentido Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2018, p. 146) esclarece que:

Em resumo, sempre que em matéria administrativa se verificar que o comportamento da Administração ou do administrado que com ela se relaciona juridicamente, embora em consonância com a lei, ofende a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e de equidade, a ideia comum de honestidade, estará havendo ofensa ao princípio da moralidade administrativa.

É notória a importância do Princípio da Legalidade na Administração Pública, porém, não basta que haja apenas obediência à lei. É imprescindível a observância de outros valores e princípios que norteiam a Administração Pública, tais como a ética, a moralidade, a probidade, a integridade, o decoro, a boa-fé, consubstanciados no Princípio da Moralidade.

Sobre o assunto Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2018, p. 146) acrescenta ainda que:

Embora não se identifique com a legalidade (porque a lei pode ser imoral e a moral pode ultrapassar o âmbito da lei), a imoralidade administrativa produz efeitos jurídicos, porque acarreta a invalidade do ato, que pode ser decretada pela própria Administração ou pelo Poder Judiciário.

Deste modo, violar a moralidade administrativa implica a violação do Direito, da lei, e consequentemente na invalidação do ato. Com isso, a pessoa incumbida por lei para administrar a *res publica* deve ter a consciência de que os poderes e deveres peculiares à função ou cargo de que são investidas, são um múnus, um encargo público, não bastando ser competentes e conhecedoras da legislação, é necessária a compreensão da função de servidores da sociedade, devendo gerir o bem público com honestidade.

3. INSTRUMENTOS NORMATIVOS DE COMBATE À CORRUPÇÃO NO BRASIL

3.1 Lei de improbidade administrativa

A Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992, conhecida como Lei de Improbidade Administrativa (BRASIL, online), é um dos principais instrumentos presentes no ordenamento jurídico brasileiro para combater a corrupção e a má gestão de agentes públicos na condução da administração pública.

Analisando a lei de improbidade administrativa observa-se que o conceito de agente público é genérico. O artigo 2º da referida lei (BRASIL, online) traz a seguinte dicção:

Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

A doutrina delimita a conceituação de agente público, tendo a compreensão que é o nome dado a todo aquele que exerça alguma atividade ou função para o Estado. No entendimento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2015, p. 981-982):

[...] não é preciso ser servidor público, com vínculo empregatício, para enquadrar-se como sujeito ativo da improbidade administrati-

va. Qualquer pessoa que preste serviço ao Estado é agente público, tal como o definimos no item 13.2, incluindo as três modalidades ali referidas: (a) os **agentes políticos** (parlamentares de todos os níveis, Chefes do Poder Executivo federal, estadual e municipal, Ministros e Secretários dos Estados e dos Municípios); (b) os **servidores públicos** (pessoas com vínculo empregatício, estatutário ou contratual com o Estado); (c) os **militares** (que também têm vínculo estatutário, embora referidos na Constituição fora da seção referente aos servidores públicos) e (d) os **particulares em colaboração com o poder público** (que atuam sem vínculo de emprego, mediante delegação, requisição ou espontaneamente).

Ademais, a improbidade não se dá com a mera ilegalidade do ato, exige-se para sua consumação um desvio de conduta do agente público, que, exercendo indevidamente a função, distancia-se de valores e princípios éticos e morais, com intenção de obter vantagens indevidas ou gerar prejuízos ao erário público, mesmo que não logre êxito em suas intenções.

A finalidade da Lei de Improbidade é, portanto, a punição do agente público que atenta contra a moralidade administrativa, agindo de forma desonesta. Estes serão pessoalmente responsáveis por seus atos de gestão, mesmo que não haja prejuízo econômico direto ou enriquecimento ilícito.

É importante ressaltar o artigo 3º da Lei de Improbidade Administrativa (BRASIL, online) que dispõe sobre a “aplicação da referida lei, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta”.

Desta forma, reconhece-se que o particular, no plano processual, pode ser considerado sujeito passivo do ato ímprobo. Sobre o tema, Mauro Roberto Gomes de Mattos (2010, p. 80), leciona que:

O particular não poderá ser responsabilizado pelos termos da Lei nº 8.429/92, sem que haja a sua participação direta ou indireta juntamente com a do agente público. Isso porque o particular somente é alçado à condição de réu na ação de improbidade administrativa se ele for coautor, partícipe ou beneficiário do ato ímprobo praticado pelo agente público.

Deste modo, “o particular que não ostenta a condição de agente público, ou não está inserido nas disposições aludidas pelo artigo 1º, da Lei 8.429/92, não pode responder isoladamente aos termos de uma ação de improbidade administrativa” (MATTOS, 2010, p. 80).

Por isso, fica evidente que a pessoa física, o particular, para ser responsabilizado segundo a Lei de Improbidade, é imprescindível que concorra para o crime juntamente com o agente público, caso contrário, a lei não o alcançará.

Importante salientar que a base constitucional que versa sobre a responsabilização pelos atos de improbidade administrativa encontra-se no 4º do art. 37 da Constituição Federativa de 1988, que dispõe: “Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível” (BRASIL, 1998, online).

Observa-se certo rigor ao responsabilizar aquele que comete atos ímprobos, por isso a necessidade de investigações céleres e conclusivas, para se alcançar a verdade e gerar resultados efetivos, como punições ao condenado, o resgate dos valores desviados, acarretando o mínimo de danos possíveis para a administração pública e conseqüentemente para a sociedade.

Segundo Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2013, p. 954), independentemente das sanções administrativas, penais e civis contidas na lei específica, a prática de atos de improbidade impõe ao responsável as seguintes cominações:

(Art. 12, I): Perda dos bens ou valores acrescido ilicitamente ao seu patrimônio; (b) obrigação de ressarcimento integral do dano, quando houver; (c) Perda da função pública; (d) suspensão dos direitos políticos durante oito a dez anos; (e) pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial; (f) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefício ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos.

Logo, tanto a Constituição quanto a Lei de Improbidade Administrativa versam sobre as sanções a que os envolvidos em práticas de improbidade devem se submeter. A Lei especificamente delimita basicamente três tipos de Atos de Improbidade Administrativa, quais sejam: aqueles que importam em enriquecimento ilícito, que causam prejuízo ao erário e aqueles que atentam contra os princípios da Administração Pública.

3.2 Lei da ficha limpa

A Lei da Ficha Limpa é uma lei infraconstitucional que regulamenta restrições de candidatura a cargos políticos, visando proteger a moralidade e probidade administrativa para o exercício do mandato, considerando os antecedentes do candidato.

A Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar nº 135/2010) – (BRASIL, online) alterou a Lei de Inelegibilidade (Lei Complementar nº 64/1990) – (BRASIL, online) para dar mais rigidez às regras já existentes e legislar sobre outras questões. Importante observar o texto constitucional em seu artigo 14, § 9º, da Constituição Federal, que dispõe:

Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta. (Redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 4, de 1994).

Essa lei surgiu de uma iniciativa popular, sua campanha foi organizada pelo Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral (MCCE), iniciada em 2008, com apoio e mobilização de vários setores da sociedade, tendo obtido ao final mais de 1 milhão e 600 mil assinaturas (MCCE, online).

Importante destacar que a iniciativa popular é uma das formas de exercício da soberania popular previstas na Constituição Federal de 1988, através de apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei assinado por no mínimo 1% do eleitorado nacional, distribuído em pelo menos cinco estados, com não menos que 0,3% de eleitores em cada um deles.

A lei ampliou os casos de inelegibilidade, retirando direitos políticos passivos (capacidade de ser votado) do candidato para disputar eleições, o que representou um avanço no sistema eleitoral brasileiro.

É essencial destacar as principais inovações trazidas pela Lei da Ficha Limpa. Primeiramente, percebe-se que o prazo de inelegibilidade foi alterado de três para oito anos, de forma ampla a atingir todo e qualquer candidato a cargo eletivo (após o cumprimento da pena), sendo inelegíveis somente aqueles que foram condenados por um órgão colegiado, ou seja, condenados em segunda instância (RAMOS; PEREIRA NETO, online).

Aumentou-se o número de crimes que barram candidaturas, a exemplo dos crimes de improbidade administrativa, contra a vida e a dignidade sexual, lavagem de dinheiro, abuso de autoridade, contra a saúde pública e o meio ambiente, além daqueles praticados por organização criminosa, bando ou quadrilha.

Há também previsão da inelegibilidade para os que forem excluídos do exercício da profissão, por decisão sancionatória do órgão profissional competente, em virtude de infração ético-profissional, dos que forem demitidos do serviço público em decorrência de processo administrativo ou judicial e para os magistrados e membros do Ministério Público que forem aposentados compulsoriamente (LADEIRA, online).

Outro ponto relevante é que antes da Lei da Ficha Limpa o político poderia renunciar ao cargo, com a intenção de evitar os processos de cassação e se candidatar na eleição subsequente. Atualmente, o político que praticar tal ato não poderá se eleger nas próximas duas eleições (MERELES, online).

Ademais, por maioria de votos, o Supremo Tribunal Federal decretou a constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa. A principal fundamentação utilizada pelos que votaram contra a sua validade relacionava-se ao suposto conflito entre a Lei e o Princípio da Presunção da Inocência, vislumbrado tanto no art. 5º, inciso LVII como no art. 15, inciso III, ambos da Constituição Federal (BRASIL, 1998, online), tendo em vista que a lei da Ficha Limpa torna inelegível o indivíduo que for condenado por órgão colegiado, mesmo existindo possibilidade de recurso.

3.3 Lei anticorrupção

A Lei nº 12.846/13 (BRASIL, online), popularmente conhecida como Lei Anticorrupção, faz parte do grupo de normas jurídicas brasileiras com intuito de punir e combater atos de corrupção contra a administração pública.

A referida lei não se limitou à prática corruptiva, abrangendo também, condutas que atentem contra os princípios da administração pública, contra o próprio patrimônio público nacional ou estrangeiro ou contra compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, conforme dispõe o artigo 5º da mencionada lei (BRASIL, online).

Importante ressaltar que se encontravam grandes dificuldades para responsabilização de pessoas jurídicas por atos de corrupção antes da Lei Anticorrupção. As pessoas jurídicas podiam ser punidas por tais atos por meio da Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa) – (BRASIL, online), porém houve escassas situações de sua efetiva aplicação tendo por fundamento a referida lei, que, via de regra, pune a pessoa física.

Desta forma, visando sanar tal óbice, o legislador previu expressamente na Lei Anticorrupção o enquadramento de pessoas jurídicas como sujeitos ativos de atos lesivos contra a administração pública.

A Lei nº 12.846/13 (BRASIL, online) em seu artigo 1ª dispõe que: “Esta Lei dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira”.

Destaca-se a previsão da responsabilização objetiva, uma vez que esta é prevista em caráter excepcional pelo ordenamento jurídico brasileiro, devendo ser aplicada nos casos especificados em lei, como ocorre neste caso.

Ao lecionar sobre a responsabilidade objetiva, Sérgio Cavalieri Filho (2008, p. 137) afirma que “todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou independente de ter ou não agido com culpa. Resolve-se o problema na relação denexo de causalidade, dispensável qualquer juízo de valor sobre a culpa”.

Portanto, com a previsão da responsabilização objetiva em relação às sociedades empresariais de qualquer modelo societário e regime jurí-

dico, não há que se falar em culpabilidade das pessoas jurídicas envolvidas em atos de corrupção. Uma vez constatados o dano à administração pública e a ligação deste com dano a uma ação ou omissão da empresa, visando a seu interesse ou benefício, a pessoa jurídica será responsabilizada civil ou administrativamente.

Ressalta-se que a responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilização pessoal de seus empregados, administradores ou dirigentes ou de qualquer pessoa que seja autora, coautora ou partícipe do ato ilegal, que serão responsabilizadas na medida de sua culpabilidade.

Os atos lesivos à administração pública nacional ou estrangeira estão elencados taxativamente no artigo 5º da Lei nº 12.846/13 (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 137), destacando os atos relacionados a licitações e contratos administrativos, como frustrar ou fraudar o caráter competitivo de procedimento licitatório público, criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo, entre outras práticas descritas no referido artigo.

A responsabilização da pessoa jurídica na esfera administrativa não afasta sua responsabilização na esfera judicial, tendo esta como legitimados a ajuizar ação a advocacia pública ou órgãos de representação judicial, ou equivaletés, bem como o Ministério Público, podendo acarretar às empresas graves sanções, conforme disposto no artigo 19 da Lei nº 12.846/13 (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 137):

- I - perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé;
- II - suspensão ou interdição parcial de suas atividades;
- III - dissolução compulsória da pessoa jurídica;
- IV - proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos.

Ademais, é importante destacar a previsão do acordo de leniência dentro da Lei Nº 12.846/13 (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 137), que

muito se assemelha ao instituto da delação premiada prevista no Direito Processual Penal. Nesse contexto, Luís Roberto Antonik 2016, p. 53) ensina que:

Leniência é a característica daquilo que é marcado pela suavidade. É uma qualidade do que é agradável, suave ou doce, ou no sentido de mansidão ou lenidade. Também pode ser traduzido como excessiva tolerância. Já o Acordo de Leniência é um tipo de ajuste que possibilita ao infrator fazer parte da investigação, com o intuito de prevenir ou restaurar um dano por ele cometido, e, por fazer isso, receberá determinados benefícios.

Portanto, os acordos de leniência “são definidos como sendo espécies de delação premiada. É a hipótese em que se oferece a leniência, diante da colaboração de um infrator, para que ocorra a apuração dessa mesma infração, principalmente com relação aos seus autores e partícipes” (PETRELLUZZI; JUNIOR RIZEK, 2014, p. 91).

Com isso, o acordo de leniência visa à identificação dos envolvidos na prática do ato ilícito, de forma a obter com mais celeridade informações e documentos que comprovem tal fato, devendo a pessoa jurídica ser a primeira a manifestar interesse no acordo, cessar completamente seu envolvimento na infração e cooperar plenamente com as investigações.

Desta maneira, a Lei Anticorrupção tem como objetivo principal a prevenção e a cessação de atos de corrupção que lesem a administração pública por parte das pessoas jurídicas que prestem serviços a esta, incentivando programas e mecanismos internos de integridade, aplicação efetiva de códigos de ética e conduta pelas empresas, desenvolvendo uma cultura de *compliance*.

4. CONCLUSÃO

Diante de todo exposto, conclui-se que o tema foi escolhido justamente por sua relevância nos cenários político, econômico e social brasileiros, que afetam diretamente todos os cidadãos, principalmente aqueles mais hipossuficientes.

Desta forma, foram abordadas questões políticas, administrativas, éticas, históricas, legislativas, econômicas, entre outras, extremamente pertinentes ao tema, visando, precipuamente, demonstrar os diversos efeitos nocivos da corrupção sobre o desenvolvimento socioeconômico do Brasil.

Constatou-se que a corrupção esteve continuamente presente na história do Brasil, principalmente na Administração Pública, mas também na sociedade, e seus níveis de percepção nem sempre foram os mesmos. A consciência e a percepção dos atos de corrupção atualmente são muito mais visíveis do que na época da colonização, além de suas consequências para a sociedade que arca com ônus dessa prática criminosa.

Esse fato é muito importante, pois, uma vez visualizada e reconhecida a presença da corrupção na Administração Pública, mais o assunto será discutido e será cobrada uma gestão transparente e honesta pela principal interessada, a população. Além de se buscar o aperfeiçoamento do ordenamento jurídico através de leis e políticas públicas para combater e punir os sujeitos corruptos.

Por fim, a pesquisa e o estudo acerca da corrupção mostraram-se capazes de revelar todos os aspectos mais relevantes relacionados ao tema, iniciando desde sua origem no país até a situação atual, enfatizando alguns dos instrumentos legais punitivos mais importantes neste contexto.

REFERÊNCIAS

AIRES, Hilton Boenos; MELO, Arquimedes Fernandes Monteiro de. *A corrupção política e o seu papel na formação da identidade política brasileira*. 2015. Disponível em: www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2015/6/2015_06_0567_0609.pdf. Acesso em: 09 maio 2020.

ALEXANDRINO, Marcelo; VICENTE, Paulo. *Direito administrativo descomplicado*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

ANTONIK, Luís Roberto. *Compliance, ética, responsabilidade social e empresarial: uma visão prática*. Rio de Janeiro, RJ: Alta Books, 2016.

BOMFIM, Francisco das Chagas Jucá. *O combate à corrupção nos ordenamentos jurídicos do Brasil e de Portugal*. Disponível em: https://si-garra.up.pt/fdup/pt/pub_geral.show_file?pi_gdoc_id=32718. Acesso em: 20/05/2019.

BRASIL. Constituição (1998). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10 maio 2020.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del-2848compilado.htm. Acesso em: 09 maio 2020.

BRASIL. Lei complementar nº 64 de 18 de maio de 1990. Estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp64.htm. Acesso em: 10 maio 2020.

BRASIL. Lei complementar nº 135 de 4 de junho de 2010. Lei da Ficha Limpa. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp135.htm. Acesso em: 10 maio 2020.

BRASIL. Lei nº 8.429 de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em: 10 maio 2020.

CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. *Legislação anticorrupção no mundo: análise comparativa entre a lei anticorrupção brasileira, o Foreign*

Corrupt Practices Act norte-americano e o Bribery Act do Reino Unido. Lei Anticorrupção. In: SOUZA, J. M.; QUEIROZ, R. P. (Orgs.) Salvador: JusPODIVM, 2015.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2008.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *CNJ Serviço: Entenda as diferenças entre corrupção ativa e passiva*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/cnj-servico-entenda-as-diferencas-entre-corrupcao-ativa-ou-passiva/>. Acesso em: 09 maio 2020.

FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder: Formação do Patronato Político Brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Globo, 2001.

FIESP. *Relatório Corrupção: custos econômicos e propostas de combate*. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=2ahUKEwjCoavtuqjpAhXyIrkGHcGTCNIQFjAAegQIARAB&url=https%3A%2F%2Fwww.fiesp.com.br%2Farquivo-download%2F%3Fid%3D2021&usg=AOvVaw1Zew7wd7eBeYd76Yyt0kzh>. Acesso em: 09 maio 2020.

FURTADO, Lucas Rocha. *Brasil e corrupção: análise de casos (inclusive a Lava Jato)*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

KEY, Valdimer Orlando. *The techniques of political graft in the United States*. Tese de Ciência Política. Chicago: University of Chicago, 1936.

LADEIRA, Beatriz Maria do Nascimento. *Compreendendo a Lei da Ficha Limpa*. TSE. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/o-tse/escola-judiciaria-eleitoral/publicacoes/revistas-da-eje/artigos/revista-eletronica-eje-n-4-ano-5/digressoes-sobre-as-doacoes-de-campanha-oriundas-de-pessoas-juridicas>. Acesso em: 10 maio 2020

MARTINS, José Antônio. *Corrupção*. 1. ed. São Paulo: Globo, 2008.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O limite da improbidade administrativa*: comentário à Lei nº 8.429/92. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MERELES, Carla. *Entenda a Lei da Ficha Limpa*. POLITIZE. Disponível em: <https://www.politize.com.br/lei-da-ficha-limpa-entenda/>. Acesso em: 10 maio 2020.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Caso Lava Jato*. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/entenda-o-caso>. Acesso em: 09 maio 2020.

MOVIMENTO DE COMBATE À CORRUPÇÃO ELEITORAL. Lei complementar nº 135/2010 (Lei da Ficha Limpa). Disponível em: <http://www.mcce.org.br/leis/lei-complementar-1352010-lei-da-ficha-limpa/>. Acesso em: 10 maio 2020.

OTEMPO. Brasil perde cerca de R\$ 200 bilhões por ano com corrupção, diz MPF. Disponível em: <https://www.otempo.com.br/capa/brasil/brasil-perde-cerca-de-r-200-bilhoes-por-ano-com-corrupcao-diz-mpf-1.1433019>. Acesso em: 09 maio 2020.

PEQUENAS EMPRESAS, GRANDES NEGÓCIOS. Brasil perde cerca de R\$ 200 bilhões por ano com corrupção, diz MPF. Disponível em: <https://revistapegn.globo.com/Noticias/noticia/2017/02/pegn-brasil-perde-cerca-de-r-200-bilhoes-por-ano-com-corrupcao-diz-mpf.html>. Acesso em: 09 maio 2020.

PETRELLUZZI, Marco Vinício; JUNIOR RIZEK, Rubens Naman. *Lei Anticorrupção*: origens, comentários e análise da legislação correlata. São Paulo: Saraiva, 2014.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito administrativo*. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

RAMOS, André de Carvalho; PEREIRA NETO, Pedro Barbosa. *Reper-
tório jurisprudencial elaborado pela PRE-SP sobre a lei da ficha limpa.*
CONJUR. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/repertorio-ficha-limpa-pre-sp.pdf>. Acesso em: 10 maio 2020.

SENADO FEDERAL. *Brasil tem 48% da população sem coleta de esgoto.* Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/09/25/brasil-tem-48-da-populacao-sem-coleta-de-esgoto-diz-instituto-trata-brasil>. Acesso em: 09 maio 2020.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL BRASIL. *Índice de percepção da corrupção 2019.* Disponível em: <https://transparenciainternacional.org.br/ipc/>. Acesso em: 09 maio 2020.

Capítulo X

CRIMMIGRATION: O PROCESSO DE NATURALIZAÇÃO EXTRAORDINÁRIA E A CONDENAÇÃO PENAL

FRANCIELE SILVA CARDOSO

GERALDO HENRIQUE COSTA BARBOSA DE ALMEIDA

Resumo: A proposta deste estudo é delimitar e analisar o instituto constitucional da naturalização extraordinária, tendo como referenciais a hermenêutica filosófica e a criminologia, ao identificar e problematizar o processo de naturalização no ordenamento jurídico brasileiro e o fenômeno da crimigração. No Brasil, há que se observar que essa interseção ganha status constitucional quando o constituinte originário dispôs no art. 12, inc. II, alínea b da Carta de Outubro que para o estrangeiro obter a nacionalidade brasileira deverá residir no Brasil por 15 anos e não ter antecedentes criminais, ou seja, o estudo versa sobre os efeitos da *crimmigration* na aquisição do direito subjetivo à nacionalidade.

Palavras-chave: Criminologia. Direito constitucional. Imigração.

1. O MIGRANTE E O CRIME

1.2 *Crimmigration*

A expressão *crimmigration* foi desenvolvida por Juliet Stumpf (2006, p. 367-419) para definir um fenômeno jurídico-social em que as leis de imigração e a legislação criminal ganham convergências em aspectos materiais, tendo em vista que ambas distinguem *insiders* e *outsiders* (BECKER, 2008, p. 17-25), configurando categorias de pessoas (MORAIS, 2016).

Ana Luisa Zago de Moraes (2016) argumenta que nos EUA, após 1980, a crimigração tem desencadeado reações análogas à guerra às drogas, contribuindo para o encarceramento em massa. Nos Estados Unidos, a consonância da legislação criminal e migratória tem estabelecido relação indissociável, a exemplo do *USA Patriotic Act* promulgado pelo Senado no final de 2001, que autoriza manter em cárcere, sem qualquer processo legal, o estrangeiro suspeito de atividades que ponham em risco a segurança nacional dos Estados Unidos. Um dos fundamentos é a proteção do mercado de trabalho contra os invasores e a preocupação nacional com o terrorismo.

Em última análise, transformar o estrangeiro no “outro” em relação à sociedade delega a eles a culpa pela insegurança social (GARLAND, p. 227). “A esses inimigos são dirigidas leis penais mais severas e ‘legitimadas’ por um discurso de terror, com o intuito de reduzir a sensação de insegurança que é gerada por fenômenos totalmente dissociados dos próprios inimigos aos quais se quer combater” (GARLAND, p. 227).

Doug Keller diz que o crescimento exponencial dos processos de criminalização da chegada ou reingresso nos EUA desencadeia um custo excessivo ao Estado, bem como o congestionamento do sistema, deixando-o excessivamente lento para os julgamentos de crimes mais graves. Keller atribui o crescimento do número de migrantes em cárcere o fato de que são ‘criminosos’ reincidentes específicos à lei de imigração, não havendo qualquer distinção, dessa forma, entre os migrantes e os que infringiram leis penais (KELLER, 2012, online).

Estudos evidenciam que, efetivamente, a imigração não influencia no aumento da criminalidade, sobretudo a criminalidade violenta, “[...] Sampson concluiu que a relação é inversa, ou seja, imigrantes tendem a cometer menos crimes com uso de violência” (KELLER, 2012, p. 229). Sendo assim, o que há é um desequilíbrio entre o medo que a sociedade tem do outro e a realidade.

No entanto, a crimigração, ou seja, a conversão das transgressões à Lei de migração de cunho administrativo em delito, não é uma prerrogativa do *Tio Sam*. Inúmeras nações tipificaram as infrações à lei de migração, como é o caso da União Europeia, que permitiu aos Estados implementarem uma série de sanções penais em combate às migrações irre-

gulares. Essa licença à perseguição penal dos movimentos migratórios se deve à decisão marco 2002/946/JAI, ou “*Marco penal para la represión de la ayuda a la inmigración clandestina*” (UNIÓN EUROPEA, 2002).

1.3 Aspectos históricos da crimigração no Brasil

O Código Penal (BRASIL, online) de 1890 positivou norma que viabilizava a expulsão de estrangeiros vadios ou de capoeiras. Nesse sentido, a expulsão de natureza penal estava vinculada a uma visão de apreciação do trabalho e do progresso, conceitos limítrofes do liberalismo e positivismo desse período, bem como a condenação moral dos cativos libertos e de seus descendentes que cultivassem a capoeira, esporte integrado a sua cultura e símbolo de resistência à dominação do período escravocrata (MORAES, 2016, p. 302).

Na Era Vargas, com seu projeto totalitário, nacionalista e nacionalizante, a pluralidade não era tolerada, e cada vez mais se consolidava a aversão ao estrangeiro. Em razão disso, se, na República Velha, foram dados os primeiros passos para a regulamentação da expulsão, a partir de 1930, essa política foi aprimorada e agravada. E, nesse novo período, não era apenas o caráter subversivo – anarquista e comunista – que estava associado à figura do imigrante, mas sua conduta de ordem moral era um dos tópicos prediletos da polícia, quando se referia a esse elemento de “caráter degenerado”. Daí porque os motivos que ensejaram a expulsão, entre 1930 e 1945, conforme a motivação dos decretos expulsórios da época, era a nocividade aos interesses nacionais, em detrimento de muito poucas por “condenação criminal”.

Foi natural, portanto, que o controle da imigração – imediatamente através da polícia e, em última instância, da Presidência da República –, se tornasse um dos meios eleitos para se atingirem os objetivos mais imediatos, dentre eles a “proteção ao homem brasileiro” e o “progresso material e moral do País”. Antes mesmo do Estado Novo, a Constituição de 1934 fixou cotas de entrada de imigrantes, computadas por nacionalidade, principalmente para opor uma barreira indireta à imigração de asiáticos, considerados “inassimiláveis”. Aos assimiláveis, tornou-se obrigatório o uso do idioma pátrio, de forma a vedar a preservação da cultura e a suprimir o “sentimento nacionalista” em relação ao país de ori-

gem, principalmente depois da eclosão da Segunda Guerra Mundial (MORAES, 2016, p. 303).

Além disso, estava dogmatizado nos estudos do positivismo criminológico que a criminalidade estaria vinculada aos fenótipos físicos do indivíduo e na certeza do potencial delitivo das raças consideradas como inferiores (MORAES, 2016, p. 302). Essa visão de mundo influenciou o Decreto-lei nº 406/1938 (BRASIL, online), considerado o primeiro Estatuto do Estrangeiro do Brasil, cujo objetivo era o embranquecimento e seleção de correntes migratórias consideradas como desejáveis pela lógica lombrosiana. Isso evidenciou a dicotomia entre as migrações almejadas e vinculadas a uma política eugenista e as indesejáveis que eram supervisionadas e monitoradas pelo Ministério da Justiça.

Com o fim da era Vargas, o Brasil reabriu à imigração. Importante lembrar do movimento cultural do modernismo de primeira geração que influenciou uma concepção político-cultural de valorização do nacional. Assim, manteve-se o sistema de cotas e as diretrizes de proteção ao trabalhador nacional, de branqueamento e de boicote aos indesejáveis e criminologicamente ofensivos (MORAES, 2016, p. 304).

Ana Luisa Zago de Moraes (2016, p. 305) destaca que “a anistia dos acusados de comunismo no Brasil, decretada em 1945, não revogava, automaticamente, a expulsão”. Fica claro, portanto, que, posteriormente à ditadura varguista, não houve justiça de transição no que diz respeito ao sistema de migrações, bem como em relação à retirada compulsória que consistiria também na possibilidade de retornar ao Brasil.

No auge da ditadura civil-militar ocorreu o Decreto-lei nº 941/1969 (BRASIL, online), nomeado o segundo Estatuto do Estrangeiro, que prescreveu a possibilidade de expulsão do estrangeiro que atentasse contra a segurança nacional, a ordem política ou social, a tranquilidade ou a moralidade pública, à economia popular (MORAES, 2016, p. 305) ou contra comportamentos que eram considerados nocivos ou perigosos aos interesses nacionais.

A Lei nº 6.815/1980 (BRASIL, online) positivou o terceiro Estatuto do Estrangeiro, apesar de ter revogado expressamente o segundo, há pontos de semelhança no que diz respeito à *ratio legis* da Segurança Na-

cional e outros princípios que estruturam a política migratória, a legislação dos procedimentos e medidas de retirada compulsória cujo poder é dado com ênfase à Polícia Federal.

Os refugiados, por seu turno, apesar da proteção do ACNUR, eram fiscalizados por agentes de informações do SNI, preocupados com os possíveis subversivos que estariam no País. No âmbito da Operação Condor, aliás, medidas maiores de controle foram adotadas em relação aos cidadãos argentinos, solicitantes de refúgio, ou não, sendo que vários foram sequestrados, levados novamente ao país de origem, ou desapareceram durante as operações.

Em relação à política criminal, ficou evidente a incorporação dos postulados da doutrina de segurança nacional no sistema de segurança pública, e o Brasil passou a dispor de modelo repressivo militarizado centrado na lógica bélica de eliminação e/ou neutralização de inimigos. Foi nesse contexto que se deu a estruturação da política de drogas no País: com a Lei nº 6.368/1976, o discurso jurídico-político belicista tornou-se o modelo oficial do repressivismo brasileiro. A partir disso, tornaram-se características da política criminal de drogas no Brasil a repressão ao tráfico internacional, a demonização do traficante, aplicando-lhe penas longas, vedando a progressão de regime, e resistindo à concessão de liberdade provisória no curso do processo penal, bem como, em relação ao estrangeiro, obrigando-lhe a cumprir a integralidade da pena no País, mesmo que não tivesse nenhum vínculo social anterior com este. (MORAES, 2016, p. 306).

A nova lei de migração, nº 13.445/2017, rearranja a perspectiva sobre o migrante e adota uma concepção de acolhimento e respeito aos Direitos Humanos, dando máxima eficácia às normas constitucionais, principalmente ao bloco de constitucionalidade, constituído pelos tratados internacionais e pela jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Sendo assim, a criminalização da migração no Brasil não é uma tendência, mas ocorre como vias colaterais, e a história efetual da política migratória de viés da segurança nacional prologam efeitos na vida do estrangeiro que reside no Brasil, como no caso do pedido de nacionalidade extraordinária, que nos dedicaremos a analisar no próximo tópico.

2. NACIONALIDADE EXTRAORDINÁRIA: LIMITES TEMPORAIS PARA VALORAÇÃO DOS ANTECEDENTES CRIMINAIS

Com base nas metanormas de interpretação constitucional e nos critérios delimitados pela hermenêutica filosófica, chegaremos à horografia do trabalho científico que é revelar o significado por trás do significante normativo que institui os requisitos para aquisição do direito subjetivo à nacionalidade extraordinária.

A hermenêutica exige do intérprete jurídico que compreenda o sistema em unidade de sentido e busque uma interpretação conforme a constituição, tendo como diretriz limítrofe a concepção de razoabilidade e proporcionalidade sobre a qual trabalharemos (ALEXY, 2008). O preceito constitucional do art. 12, inc. II, alínea “b” da Constituição Federal (BRASIL, 1988, online) exige expressamente que, para adquirir a nacionalidade extraordinária, o solicitante não poderá ter nenhuma condenação penal. Quando o constituinte diz ‘nenhuma condenação penal’ está se referindo a condenações transitadas em julgado, dessa forma podemos compreender que a exigência constitucional é que não haja antecedentes criminais.

Cezar Roberto Bitencourt (2015, p. 774) afirma que são maus antecedentes fatos que requerem a reprovação do Estado e que consistem em expressão de sua incongruência para com os imperativos ético-jurídicos. O fundamento consiste, unicamente, em demonstrar a maior ou menor afinidade do indivíduo com a prática delituosa.

Aceitar que inquéritos instaurados e processos criminais em andamento, absolvições por insuficiência de provas, prescrições abstratas, retroativas e intercorrentes, possam ser consideradas como elemento para afastar o direito subjetivo à nacionalidade, implica uma afronta ao princípio da presunção de inocência que é elemento conglobante para uma interpretação em unidade (BITENCOURT, 2015, p. 775). Sendo assim, apenas condenações criminais irrecorríveis podem ser critério para avaliar a existência do direito.

Resta-nos discutir a respeito do limite temporal que a ordem jurídica poderá utilizar como fundamento para indeferir a nacionalidade extraordinária, com base na ficha de antecedentes criminais, já que pela ordem constitucional vigente nenhum efeito penal poderá ter caráter eterno.

Há um raciocínio basilar desenvolvido na literatura jurídico-penal definindo o limite temporal dos efeitos dos maus antecedentes em qualquer situação. No ponto, adota-se o parâmetro previsto para os efeitos da reincidência fixados no art. 64 do Código Penal Brasileiro, com autorização da analogia (BITENCOURT, 2015, p. 776). Neste teor, foi o entendimento da segunda turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus 12.6315 (STF, 2015, online), quando decidiu que decorrido o prazo de cinco anos entre o cumprimento ou extinção da pena a condenação anterior não pode ser reconhecida como maus antecedentes.

Neste sentido, uma vez que a regra prevista constitucionalmente para concessão da nacionalidade extraordinária se refere a antecedentes criminais, a lógica dedutiva jurídica leva à conclusão de que se aplica o limite temporal do art. 64 do Código Penal Brasileiro (BRASIL, online).

Por outro lado, a Lei nº 13.445/2017, ao postular sobre os requisitos para nacionalidade ordinária e nacionalidade especial, exige que o solicitante não tenha condenação penal ou reabilitação. Entretanto, quanto à nacionalidade extraordinária a lei é omissa, no que diz respeito ao tempo para valoração dos antecedentes (BRASIL, online).

Entende-se por reabilitação as medidas de política criminal que suspendem os efeitos secundários da pena, objetivando restaurar a dignidade pessoal e facilitar a reintegração do condenado à comunidade, que já demonstrou sua aptidão para exercer livremente a sua cidadania (BITENCOURT, 2015, p. 854). É adquirida após dois anos de extinção da pena, devendo ser solicitada pelo sentenciado e deferida pelo magistrado em sentença declaratória, desde que cumpridos os requisitos dos arts. 93 e 94 do Código Penal (BRASIL, online).

Nesse sentido também tem decidido o Tribunal Regional Federal, mesmo antes da entrada em vigor da Lei de migração de 2017:

ADMINISTRATIVO. NATURALIZAÇÃO EXTRAORDINÁRIA. ATO VINCULADO. REQUISITOS. CONDENAÇÃO PENAL. REABILITAÇÃO. 1. A concessão da naturalização com base na alínea b do inciso II do art. 12 da Constituição Federal configura hipótese de ato vinculado da Administração, estando sujeito a controle de legalidade pelo Poder Judiciário. 2. Para adquirir a naturalização extraordinária, o estrangeiro deve residir no pa-

is há mais de 15 anos, não possuir condenação criminal e postular a concessão. 3. Extinta a pena pelo seu cumprimento e obtida, judicialmente, a reabilitação, a condenação penal deixa de configurar óbice à obtenção da nacionalidade brasileira. Do contrário, ter-se-ia sanção de efeitos perpétuos imputada ao estrangeiro. (BRASIL, TRF, 2013).

Na margem das considerações acima, temos um impasse para definir objetivamente o limite temporal para valoração dos antecedentes criminais como requisito para aquisição da nacionalidade extraordinária. No ponto, há elementos igualmente fortes para defender que seja em cinco anos, utilizando como analogia a reincidência do art. 64 do Código Penal (BRASIL, online) ou dois anos tendo como parâmetro os critérios para reabilitação penal, conforme o utilizado nos arts. 66 e 68 da Lei nº 13.445/2017 (BRASIL, online).

O impasse é apenas aparente, pois há uma variável que deve ser considerada como elemento da interpretação, almejando compreender o sistema em unidade de sentido. Nosso ordenamento constitucionalizado veda *analogia in malam partem* quando se trata de raciocínio jurídico penal material. No impasse descrito acima, há duas possibilidades hermenêuticas, entretanto, uma é mais favorável ao requerente que a outra, logo a mais benéfica de ser considerada como possível, já que o sistema jurídico brasileiro impede analogia que não seja em favor daquele que sofre perseguição do Estado.

Importante ressaltar, que para o raciocínio jurídico apresentado, caso o estrangeiro não obtiver os demais requisitos do art. 94 do Código Penal (BRASIL, online) para adquirir a reabilitação, poderá obter a nacionalidade extraordinária com base na analogia ao tempo da reincidência. Pois não se afastou, no raciocínio elaborado, a analogia à reincidência, apenas optou-se pela analogia à reabilitação por ser mais benéfica. Sendo assim, em face do caso concreto, o operador poderá utilizar a prerrogativa que melhor atende ao requerente.

Só é possível construir tal raciocínio lógico se partirmos de um referencial pós-positivista principiológico em que o intérprete revela na norma o sentido que dê máxima eficácia aos institutos constitucionais de forma a ratificar os Direitos Humanos Fundamentais. Os critérios da ra-

zoabilidade e da proporcionalidade guiam a interpretação ao que se identifica como a regra de reconhecimento do ordenamento.

3. CONCLUSÃO

Fica claro, portanto, que ao interpretar preceitos constitucionais há que se observar as metanormas interpretativas, direcionadas a ordenar a atividade hermenêutica, entendidas como premissas metodológicas conceituais e que orientam a aplicação da Constituição.

As leis de imigração e a legislação criminal têm inúmeras convergências, aptas a provocar uma indistinção prática entre elas. Nos Estados Unidos, a consonância da legislação criminal e migratória tem estabelecido relação indissociável, a exemplo do *USA Patriotic Act* promulgado pelo Senado no final de 2001, que autoriza manter em cárcere, sem qualquer processo legal, o estrangeiro suspeito de atividades que ponham em risco a segurança nacional.

No Brasil, após o fim da escravidão se adotou uma postura de embranquecimento da população, posteriormente, na República Velha, Era Vargas e Ditadura Civil-Militar o migrante foi visto como caso de Segurança Nacional, por isso a competência dada à Polícia Federal para gerenciar as políticas públicas em relação ao migrante. Com a Lei de Migrações nº 13.445/2017 (BRASIL, online), a criminalização da imigração no Brasil não é uma tendência, mas ocorre por vias colaterais e a história efetual da política migratória de viés da Segurança Nacional prolonga efeitos na vida do estrangeiro que reside no Brasil, como no caso de pedido de nacionalidade extraordinária.

O constituinte previu como requisitos para concessão que não haja antecedentes criminais. No entanto, a Constituição Federal e a lei infraconstitucional não previram expressamente um limite temporal para se valorar a condenação penal no processo de naturalização extraordinária. A hermenêutica constitucional evidencia que há elementos igualmente fortes para defender que sejam cinco anos utilizando como analogia a reincidência ou dois anos utilizando como analogia o tempo para reabilitação.

O impasse descrito acima é apenas aparente, pois há uma variável que deve ser considerada como elemento da interpretação, devendo compreender o sistema em unidade de sentido. Pois, deve-se observar que há duas possibilidades hermenêuticas, entretanto, uma é mais favorável ao requerente, logo a mais benéfica de ser considerada como possível, já que o sistema jurídico brasileiro impede analogia que não seja em favor daquele que sofre persecução criminal por parte do Estado. Assim, ante o caso concreto é que será delimitado qual o requisito que melhor se adequa à realidade do solicitante.

Importante observar que, caso o estrangeiro não obtiver os demais requisitos do art. 94 do Código Penal para adquirir a reabilitação, poderá obter a nacionalidade extraordinária com base na analogia ao tempo para valorar a reincidência. Destaca-se que não se afastou a analogia à reincidência, apenas optou-se pela reabilitação por ser mais benéfica, se o caso concreto permitir. Sendo assim, em face do caso concreto o estrangeiro poderá se utilizar da prerrogativa que mais lhe convier.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. Título original: *Theorie der Grundrechte*.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva. 2009.

BECKER, Howard. *Outsiders: Estudos de sociologia do desvio*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 maio 2020.

BRASIL. Decreto nº 847, DE 11 de outubro de 1890. Código Penal - Revogado. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D847.htm. Acesso em: 10 maio 2020.

BRASIL. Decreto-lei nº 406, de 4 de maio de 1938. Revogado pela Lei nº 6.815, de 1980. Dispõe sobre a entrada, de estrangeiros no território nacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del0406.htm. Acesso em: 10 maio 2020.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del-2848compilado.htm. Acesso em: 10 maio 2020.

BRASIL. Decreto-lei nº 941, de 13 de outubro de 1969. Revogado pela Lei nº 6.815, de 1980. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1965-1988/Del0941.htm. Acesso em: 10 maio 2020.

BRASIL. Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980. Revogada pela Lei nº 13.445, de 2017. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6815.htm. Acesso em: 10 maio 2020.

BRASIL. Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017. Lei de Migração. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113445.htm. Acesso em: 10 maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 264.848, Rel. Min. Carlos Brito, Dj de 14-10-2005.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. AC: 5023959-83.2012.404.7100, Relatora Desembargadora VÂNIA HACK DE ALMEIDA, Data de Julgamento: 07/08/2013, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: 12/08/2013.

BULUS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo, Saraiva Jur, 2017

KELLER, Doug. *Re-thinking illegal entry and re-entry*. Loyola University Chicago Law Journal, Chicago, v. 44, 2012. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1884354. Acesso em: 17 out. 2017.

MORAES, Ana Luisa Zago. *Crimigração: A relação entre política migratória e a política criminal no Brasil*, IBCRIM, 2016.

STUMPF, Juliet. The Crimmigration Crisis: Imigrants, Crime and Sovereign Power. In: *American University Law Review*, v. 56, n. 2, 2006.

UNIÓN EUROPEA. Consejo de la Unión Europea. Decisión Marco 2002/946/JAI. Marco penal para la represión de la ayuda a la inmigración clandestina. UE, 2002.

Capítulo XI

A “MORTIFICAÇÃO DO EU” NOS MANICÔMIOS JUDICIÁRIOS: OS IMPACTOS DAS ALTERAÇÕES NOS LIMITES TEMPORAIS DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE NA APLICAÇÃO DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA¹

BEATRIZ BORGES E SILVA

Resumo: Este artigo tem por objetivo analisar os impactos causados na aplicação das medidas de segurança pelas mudanças temporais trazidas pela Lei nº 13.964/2019 às penas privativas de liberdade. Busca-se, por meio da análise dos entendimentos dos tribunais superiores, utilizando-se do método hipotético dedutivo, verificar a hipótese de que as referidas alterações poderão gerar insegurança jurídica, tendência à perpetuidade das medidas de segurança e violação de direitos fundamentais dos seus pacientes, caso esses prazos sejam aplicados também a elas, nos moldes dos entendimentos firmados pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, que determinam a aplicação de tais prazos, por analogia, às medidas de segurança. Valendo-se dos dados obtidos pelo Censo de 2011: A custódia e o tratamento psiquiátrico no Brasil, coordenado pela professora Débora Diniz, da Universidade de Brasília - UnB, bem como pela inspeção manicomial realizada pelo Conselho Federal de Psicologia, em 2015; buscar-se-á demonstrar, por meio de uma análise criminológica e interdisciplinar, a realidade dos pacientes submetidos a medida de segurança no Brasil, a fim de ressaltar os malefícios causados por grandes períodos de internação nos chamados Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico. Ao final, como solução alternativa à questão da ausência expressa em lei do limite temporal para a aplicação das medidas de segurança, apresentar-se-ão os projetos exitosos PAI-PJ,

¹ Este trabalho foi orientado e supervisionado pela pesquisadora Prof^a. Dr^a. Franciele Silva Cardoso.

de Minas Gerais e PAILI, do estado de Goiás, os quais trazem uma nova forma de execução das medidas de segurança, objetivando-se atender aos princípios da Reforma Psiquiátrica Brasileira, respeitando os direitos à liberdade e dignidade.

Palavras-chave: Lei nº 13.964/2019. Medidas de segurança. Dignidade da pessoa humana.

1. INTRODUÇÃO

A medida de segurança consiste em uma medida preventiva aplicada pelo Estado aos indivíduos considerados inimputáveis ou semi-imputáveis que praticaram algum delito, tomando por base o grau de periculosidade deles, conforme o disposto no art. 26 do vigente Código Penal brasileiro (BRASIL, online). Sua finalidade estaria na proteção da sociedade de um indivíduo considerado perigoso, combinada com sua adequada reintegração social.

Pautada nos princípios da periculosidade e inimputabilidade, a medida de segurança consiste em um tipo de controle social cujo tempo de duração máxima é indeterminado, se encerrando apenas com a verificação de que aquele indivíduo não oferece mais riscos à sociedade, nos termos do art. 97, §1º do CP, o qual se limita a estabelecer o prazo mínimo de permanência de um a três anos.

Tal questão, referente à ausência de um prazo máximo para o encerramento das medidas de segurança, é bastante controversa, inclusive entre os tribunais superiores do país, dividindo também opiniões de juristas e doutrinadores. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 84.219-4 (BRASIL, STF, 2005), compreendeu que esse prazo, assim como ocorria nas penas, não poderia ultrapassar trinta anos, em analogia ao então vigente art. 75 do CP. Posteriormente, em 2015, o Superior Tribunal de Justiça editou a súmula 527 (BRASIL, STF, 2015), segundo a qual o tempo de duração máxima da medida de segurança não deveria ultrapassar o limite máximo da pena em abstrato do delito praticado.

No entanto, a realidade que se verifica nos chamados Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico (HCTPs) é de que tais prazos não são considerados. A atual situação desses lugares não respeita os di-

reitos do internado, estipulados no parágrafo único do art. 2º, da Lei nº 10.216/2001². O que se observa é a falta de acompanhamento médico de qualidade, somada à ausência de um limite de tempo máximo para a duração das internações impostas pela medida de segurança, fazendo com que esses indivíduos sejam abandonados à própria sorte nesses “hospitais”. São esquecidos nesses manicômios onde permanecem por muito mais tempo do que se tivessem sido condenados a cumprir uma pena regular máxima dos crimes por eles cometidos.

Recentemente, com o advento da Lei nº 13.964 de 2019 (BRASIL, online), que alterou em diversos pontos da legislação penal brasileira, retomou-se a discussão quanto ao limite temporal das medidas de segurança, uma vez que o art. 75 do CP passou a prever a duração máxima da pena em 40 anos. Além disso, a referida lei também alterou a pena máxima em abstrato de diversos tipos penais. Desta feita, considerando-se o entendimento firmado pelos tribunais superiores, vem à tona a questão: “seriam também as medidas de segurança submetidas a esse aumento de prazo?”, gerando, assim, um quadro de insegurança jurídica no que diz respeito aos inimputáveis e semi-imputáveis em nosso país.

Nesse sentido, este estudo visa analisar os efeitos das alterações temporais das penas privativas de liberdade trazidas pela Lei nº 13.964 de 2019, na aplicação das medidas de segurança, a fim de, valendo-se do método hipotético dedutivo, comprovar-se a hipótese de que tal mudança acarretará em insegurança jurídica e tendência à perpetuidade destas,

² BRASIL. Lei nº 10.216.

Art. 2º Nos atendimentos em saúde mental, de qualquer natureza, a pessoa e seus familiares ou responsáveis serão formalmente cientificados dos direitos enumerados no parágrafo único deste artigo.

Parágrafo único. São direitos da pessoa portadora de transtorno mental:

- I - ter acesso ao melhor tratamento do sistema de saúde, consentâneo às suas necessidades;
- II - ser tratada com humanidade e respeito e no interesse exclusivo de beneficiar sua saúde, visando alcançar sua recuperação pela inserção na família, no trabalho e na comunidade;
- III - ser protegida contra qualquer forma de abuso e exploração;
- IV - ter garantia de sigilo nas informações prestadas;
- V - ter direito à presença médica, em qualquer tempo, para esclarecer a necessidade ou não de sua hospitalização involuntária;
- VI - ter livre acesso aos meios de comunicação disponíveis;
- VII - receber o maior número de informações a respeito de sua doença e de seu tratamento;
- VIII - ser tratada em ambiente terapêutico pelos meios menos invasivos possíveis;
- IX - ser tratada, preferencialmente, em serviços comunitários de saúde mental.

demonstrando-se os malefícios e violações de direitos fundamentais causados aos pacientes pela internação por longos períodos.

Como referenciais teóricos para a análise crítica acerca do instituto da medida de segurança, serão utilizadas as obras de Foucault, *História da Loucura* e de Erving Goffman, *Manicômios, prisões e conventos*; para melhor compreender a loucura e a estrutura manicomial.

Para demonstrar a realidade das pessoas submetidas às medidas de segurança no Brasil atualmente, analisar-se-ão os dados obtidos pelo Censo de 2011, coordenado pela professora da Universidade de Brasília, Débora Diniz, assim como a Inspeção aos Manicômios realizada em 2015 pelo Conselho Federal de Psicologia.

Com o intuito de compreender as mudanças trazidas pela nova legislação e compará-las aos entendimentos dos tribunais superiores quanto ao limite temporal das medidas de segurança, serão analisadas a Súmula 527 do STJ e o julgamento do HC 84.219-4, pelo STF.

Por fim, apresentar-se-ão alternativas ao modelo tradicional de execução das medidas de segurança, como o PAIPJ de Minas Gerais e o PAILI de Goiás, com o intuito de demonstrar que é possível conciliar a aplicação das medidas de segurança com as diretrizes da Lei Antimanicomial e o respeito à dignidade humana.

2. AS MEDIDAS DE SEGURANÇA NO BRASIL

O chamado louco infrator, que consiste naquela pessoa portadora de transtornos mentais que comete ato considerado um ilícito penal, há muito passou a exigir da sociedade uma resposta perante o ordenamento jurídico diferente da mera aplicação da pena, uma vez que ele não possui plena consciência de seus atos. Diante disso, criaram-se as chamadas medidas de segurança como uma forma de controle social a ser aplicada a essas pessoas. Ocorre que, pautada na noção de periculosidade do louco, com origem nos ideais da escola positivista de Direito Penal, tal medida acaba por atuar no âmbito da segurança pública, deixando a desejar quanto ao tratamento de saúde oferecido a essas pessoas.

Tem-se então uma medida estatal de caráter preventivo, cujo objetivo é proteger a sociedade daqueles considerados presumidamente peri-

gosos, para que não cometam mais crimes. Portanto, aplica-se a medida de segurança àqueles que, em razão de um transtorno mental, não conseguem compreender a ilicitude do fato e orientar-se quanto a esse entendimento, nos termos do art. 26 do Código Penal, valendo-se do critério biopsicológico.

Prolatada a sentença de absolvição imprópria, uma vez que a medida de segurança não consiste em pena, inicia-se a sua execução, que poderá se dar mediante internação ou tratamento ambulatorial, sendo esta modalidade indicada para os crimes puníveis com detenção, conforme o disposto nos arts. 96 e 97 do CP. Após iniciada, a medida de segurança tem caráter *ad aeternum*, razão pela qual é considerada uma verdadeira forma de prisão perpétua destinada àqueles tidos como ameaças à vida social.

A noção de periculosidade da figura do louco carrega em si estigmas e preconceitos enraizados em nossa sociedade que há muito já deveriam ter sido superados. A cultura da segregação da loucura originada na Idade Clássica com a criação dos chamados Hospitais Gerais, que funcionavam como verdadeiros depósitos daqueles tidos como desviantes das normas sociais, atuando como um mecanismo de controle social, sem a mínima conotação médica (FOUCAULT, 1978, p. 55) persiste até os dias atuais, tendo os Hospitais Gerais sido substituídos, no âmbito da aplicação das medidas de segurança, pelos HCTPs, também chamados de manicômios judiciais.

Os Hospitais Gerais, na época, buscavam corrigir uma falha moral que não merece o tribunal dos homens, tendo seu próprio estatuto ético, aparelho jurídico e material de repressão. As condições a que eram submetidos os internos eram desumanas:

Vi-os nus, cobertos de trapos, tendo apenas um pouco de palha para abrigarem-se da fria umidade do chão sobre o qual se estendiam. Vi-os mal alimentados, sem ar para respirar, sem água para matar a sede e sem as coisas mais necessárias à vida. Vi-os entregues a verdadeiros carcereiros, abandonados a sua brutal vigilância. Vi-os em locais estreitos, sujos, infectos, sem ar, sem luz, fechados em antros onde se hesitaria em fechar os animais ferozes, e que o luxo dos governos mantém com grandes despesas nas capitais. (ESQUIROL, p. 134 *apud*. FOUCAULT, 1978, p. 56).

Da mesma forma, os atuais HCTPs não passam de hospitais com celas, configurando uma verdadeira prisão que submete seus pacientes a todo o tipo de maus-tratos e violações de direitos fundamentais. A própria Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984) – (BRASIL, online), reconhece explicitamente, em seu art. 82, a condição de estabelecimento penal do HCTP, determinando, ainda, que seu projeto arquitetônico seja equiparado ao destinado à construção de prisões, conforme disposto no art. 99, parágrafo único, e art. 88 da LEP.

Diante dessa situação de descaso, surge em 2001 a Lei nº 10.216, também chamada de Lei da Reforma Psiquiátrica ou Lei Antimanicomial. Resultado de anos de luta do movimento antimanicomial, a referida lei busca a reformulação das políticas de atenção à saúde mental, passando a tratar as pessoas portadoras de transtornos mentais, há muito esquecidas pela sociedade, como sujeitos de direito, prezando por sua liberdade e dignidade, substituindo o superado modelo de internação por tratamentos ambulatoriais em uma rede de atenção psicossocial integrada.

Contudo, apesar dos esforços da Lei Antimanicomial e sua expressa vedação à internação em estabelecimentos de caráter asilar³, a grande maioria das medidas de segurança ainda são executadas nos antigos HCTPs, sem a menor estrutura para oferecer um tratamento adequado. De acordo com o estudo da professora Débora Diniz, da Universidade de Brasília (UnB), intitulado *Custódia e Tratamento Psiquiátrico no Brasil: Censo 2011*, encomendado pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), no ano de 2011, apenas 1% da população em medida de segurança era submetida a tratamento ambulatorial, ficando a grande maioria dessa população em regime de internação nos 26 ECTPs, sendo 23 Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico (HCTPs) e três Alas de Tratamento Psiquiátrico (ATPs) localizadas em presídios ou penitenciárias que abrigavam uma população de 3.989 pessoas (DINIZ, 2013, p. 19-35).

³ Art. 4º. A internação, em qualquer de suas modalidades, só será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes.

§ 3º. É vedada a internação de pacientes portadores de transtornos mentais em instituições com características asilares, ou seja, aquelas desprovidas dos recursos mencionados no § 2º e que não assegurem aos pacientes os direitos enumerados no parágrafo único do art. 2º.

No que concerne às condições de funcionamento desses estabelecimentos, os dados obtidos pela inspeção manicomial realizada em 2015 pelo Conselho Federal de Psicologia (CFP), em parceria com a OAB e Associação Nacional do Ministério Público em Defesa da Saúde (AMPASA), demonstram com clareza a falta de estrutura desses ECTPs para abrigar seus pacientes.

Na maior parte das instituições, os pacientes não possuem acesso a vasos sanitários, sendo obrigados a utilizarem fossas; os chuveiros possuem apenas água fria, mesmo em regiões de clima mais ameno. O mau cheiro é característico desses locais, ante a falta de equipe de limpeza periódica e as roupas dos pacientes não são lavadas com frequência, demonstrando, assim, a completa insalubridade desses estabelecimentos. As condições de acomodação também são ruins, sendo em sua maior parte coletivas, sem colchões ou com colchões velhos. Além disso, cabe ressaltar também a questão da superlotação, presente em quase metade dos manicômios inspecionados, sendo também frequentes os maus-tratos e castigos (CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA, 2015, p. 17).

Não restam dúvidas sobre a inadequação desses ambientes, falsamente chamados de hospitais, para tratar pessoas com transtornos mentais, podendo inclusive agravar seus quadros médicos. Nesses ambientes, não há pessoa sã que não ceda à loucura. Demonstrando-se assim a urgente necessidade de repensar a aplicação das medidas de segurança no Brasil, seja em relação a sua forma, seja quanto ao seu tempo de duração.

3. OS EFEITOS DAS ALTERAÇÕES TEMPORAIS DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE NO PRAZO DE DURAÇÃO DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA

A população em medida de segurança no Brasil por muitos anos era invisível aos olhos da sociedade. Pessoas cujo valor como ser humano era descartado, em uma verdadeira coisificação do ser. Diante da ausência de um limite máximo temporal de duração dessas medidas de segurança, esses indivíduos eram abandonados à própria sorte nas celas dos manicômios judiciários, sem tratamento adequado, sem justiça.

Nesses estabelecimentos, os pacientes são submetidos a agressões físicas e psicológicas, sendo controlados integralmente, em uma rotina voltada para a coletividade, perdendo assim sua individualidade, levando ao que Erving Goffman (1974, p. 49-69) descreve como “mortificação do eu”. Todos os aspectos da vida do interno passam a ocorrer em um único lugar, cria-se uma barreira com o mundo exterior, fazendo com que a pessoa deixe de existir nele, fazendo parte apenas da instituição. Estabelece-se uma tensão entre os ambientes interno e externo, entre a realidade anterior do indivíduo e a do mundo institucional, usando-a como mecanismo de controle das pessoas lá enclausuradas (GOFFMAN, 1974, p. 24).

Esses hospitais, portanto, se encaixariam no conceito de Goffman (1974, p. 11) de instituição total, descrito em sua obra *Manicômios, prisões e conventos*. Segundo ele:

Uma instituição total pode ser definida como um local de residência e trabalho onde um grande número de indivíduos com situação semelhante, separados da sociedade mais ampla por considerável período de tempo, levam uma vida fechada e formalmente administrada.

A degradação da individualidade ocorre por meio de agressões diretas e indiretas aos pacientes, seja atingindo seus corpos, como ocorre pela terapia de choque e castigos, seja pela manutenção de uma rotina coletiva rígida, com regramentos e sistema de punição e benefício conforme a obediência dos internos.

Assim, os ECTPs combinam o tradicional isolamento da loucura nos manicômios com as péssimas condições e caráter punitivo das prisões, não sendo necessário ser um especialista das áreas da psicologia e psiquiatria para compreender que tal soma, em um tempo excessivo de internação, não resultará em um tratamento adequado a esses indivíduos, podendo, inclusive, agravar seu quadro.

Em razão disso, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC 84.219-4, passou a aplicar o prazo máximo das penas privativas de liberdade, previsto no art. 75 do CP, em analogia às medidas de segurança, a despeito de delimitação legal de seu prazo. “Considerou que a ga-

rantia constitucional que afasta a possibilidade de ter-se prisão perpétua se aplica à custódia implementada sob o ângulo de medida de segurança” (BRASIL, STF, 2005). O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, tratou do tema na Súmula 527 (BRASIL, STJ, 2015), limitando a medida de segurança ao limite máximo da pena em abstrato do delito praticado.

Apesar das divergências quanto ao prazo, tanto o STF quanto o STJ passaram a considerar garantias constitucionais e direitos fundamentais para embasar suas decisões. A prisão perpétua é vedada pela Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, inc. XLVII, alínea “b” (BRASIL, 1988, online). Se nem mesmo as penas devem ter caráter perpétuo, uma pessoa absolvida de seu crime, ainda que pela chamada absolvição imprópria, não deveria ter sua liberdade privada pela vida toda.

Contudo, com as mudanças trazidas pela Lei nº 13.964/2019, em especial na redação do art. 75 do CP, aumentando o período máximo das penas privativas de liberdade para 40 anos, causa uma situação de aflição àqueles que se submetem às medidas de segurança. A preocupação não se dá em relação àqueles que já se encontram em execução de suas medidas, em razão do princípio da anterioridade e irretroatividade da lei penal, mas em relação àqueles que possam ser submetidos a ela eventualmente.

Caso seja mantido o entendimento do STF para utilizar o art. 75 a fim de balizar o prazo temporal das medidas de segurança por analogia, o aumento desse recorte temporal para 40 anos causaria diversos prejuízos aos pacientes a elas submetidos. Afinal, a pena comum ainda conta com os benefícios da progressão de regime e livramento condicional, ao passo que os inimputáveis e semi-imputáveis submetidos à medida de segurança serão mantidos em cárcere por todos esses anos.

Por outro lado, considerando-se o entendimento do STJ, também há que se falar em danos, uma vez que a Lei nº 13.964/2019 também aumentou a pena máxima em abstrato de diversos tipos penais, a exemplo do roubo com uso de arma branca, bastante praticado pela população em medida de segurança, cuja pena agora é acrescida de um terço até metade da pena trazida pelo *caput* do art. 157 do CP.

Assim, quer seja pelo entendimento do STF, quer seja pelo entendimento do STJ, o tempo de duração das medidas de segurança aumentaria de acordo com as mudanças trazidas pela novel legislação, demonstrando

que, ainda que não tivessem sido alteradas diretamente pela lei, sofreriam consequências em sua aplicação.

Além disso, mesmo com a delimitação temporal dos tribunais superiores, verifica-se que esse prazo raramente vem sendo observado. A pesquisa realizada por Débora Diniz encontrou, em 2011, dezoito pessoas internadas nos ECTPs há mais de trinta anos, além de 606 indivíduos que permanecem internados por tempo superior à pena máxima em abstrato do crime cometido, fazendo-se acreditar ser mais vantajoso o cumprimento da pena destinada ao imputável do que a medida de segurança aplicada ao inimputável (DINIZ, 2013, p. 13-14).

Estima-se que 1.194 pessoas sequer sabem se deveriam estar internadas em virtude da demora para realizar os laudos psiquiátricos; 1.033 indivíduos se encontravam em situação temporária e 741 pessoas já não deveriam se encontrar internadas, quer seja em razão de sentença que determina sua desinternação ou devido a laudo que informe a cessação da periculosidade (DINIZ, 2013, p. 41). Almas que deixaram dentro desses muros sua juventude, sua energia, sua liberdade e vontade de viver; abandonadas sem os devidos cuidados e sem perspectiva de retorno à vida em sociedade.

No mesmo sentido, destacam-se os dados obtidos pelo CFP que informam que cerca de 41% dos manicômios inspecionados possuem pacientes presos mesmo com laudo de cessação de periculosidade positivo. Em apenas 17% dos casos é cumprida a periodicidade anual da realização dos exames de cessação de periculosidade, disposta no art. 97, §1º e 2º do CP e arts. 175 e 176 da LEP (CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA, 2015, p. 139).

Essa situação comprova as falhas do sistema de aplicação das medidas de segurança no país, marcado por estabelecimentos inadequados combinados à uma justiça lenta e descuidada, privando indivíduos de sua liberdade, até mesmo sem necessidade.

Diante disso, a possibilidade de se adotarem os novos limites temporais impostos pelo decantado – “Pacote Anticrime”, que acabou se materializando na Lei nº 13.964/2019 – às penas privativas de liberdade como balizadores da aplicação das medidas de segurança contribui para um cenário de insegurança jurídica, passando a legitimar sua perpetuidade e, em muitos casos, condenar seus pacientes ao que se assemelha, na práti-

ca, a uma pena de morte, uma vez que a sua saúde após anos de internação restará prejudicada, diante de uma realidade em que, infelizmente, muitos pacientes só deixam as grades dos HCTPs após a morte.

4. ALTERNATIVAS PARA A APLICAÇÃO DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA

Considerando-se a realidade brasileira de execução das medidas de segurança, brevemente apresentada neste trabalho, bem como o quadro de insegurança introduzido pelo advento da Lei nº 13.964/2019, a necessidade de se repensar sua aplicação vem novamente à tona.

Em princípio, cabe destacar que a incerteza ante a ausência de um prazo máximo para cumprimento das medidas de segurança viola direitos constitucionais dos pacientes a ela submetidos, com destaque para o direito à saúde, à liberdade e dignidade. Portanto, tal questão já deveria há muito ter sido tratada diretamente na lei, a fim de não ficar à mercê de entendimentos jurisprudenciais e analogias.

No entanto, essa situação de descaso e insuficiência legislativa serviu de impulso para a criação de novas formas de sua aplicação que têm se mostrado exitosas em nosso país, capazes de superar até mesmo a questão do limite temporal dessas medidas, inaugurando um novo cenário pautado no respeito aos ditames da Reforma Psiquiátrica Brasileira e às garantias constitucionais.

A primeira dessas inovações se deu com o Programa de Atenção Integral ao Paciente Judiciário Portador de Sofrimento Mental (PAI-PJ), de Minas Gerais. Pioneiro dessa nova abordagem da execução das medidas de segurança, ele surge a partir de uma pesquisa realizada pelo curso de psicologia do Centro Universitário Newton Paiva, na qual os estudantes analisaram processos criminais cujos autores eram portadores de transtornos mentais. Ao ser apresentado e aprovado pelo TJMG, o projeto-piloto adquiriu status de programa. Em 2000, a Corregedoria do Tribunal de Justiça de Minas Gerais implantou o projeto-piloto, para dar continuidade ao acompanhamento desses casos, iniciando-se a atenção aos casos por meio de tratamento ambulatorial. Em 2001, em conformidade

com a recém-criada Lei Antimanicomial, o projeto foi oficializado, decorrente da parceria efetiva do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, com a Rede do Sistema Único de Saúde (SUS) do Município de Belo Horizonte (BARROS-BRISSET, 2010, p. 27).

Um pouco mais tarde, no ano de 2006, surge em Goiás, inspirado pela experiência mineira, o Programa de Atenção Integral ao Louco Infrator (PAILI), criado como uma tentativa de resolver o problema da execução das medidas de segurança em Goiás, que desde 1996 abrigava seus pacientes em celas da maior penitenciária do estado, o Cepaigo. Diante disso, fora instaurada uma ação civil pública pelo promotor de justiça Haroldo Caetano da Silva a fim de que fosse feito o levantamento desses casos, na qual se constatou que cerca de trinta homens com transtornos psiquiátricos se encontravam recolhidos no Cepaigo. Foi realizada, então, uma proposta terapêutica para cada um deles, para serem executadas pela rede de atenção psicossocial, possibilitando, assim, a reinserção de todos eles.

Desta feita, pode-se dizer que o PAILI surge, em princípio, como uma equipe de técnicos voltada para levantar os dados relacionados ao cumprimento das medidas de segurança em Goiás naquela época. Contudo, em razão dos grandes resultados obtidos, o Ministério Público propôs a transformação do PAILI em uma política de saúde permanente, em parceria com as Secretarias de Saúde do estado de Goiás e do município de Goiânia, bem como do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás e Secretaria de Justiça.

A atuação de ambos os programas é bastante semelhante, possuindo como objetivos a análise clínica, psicossocial e jurídica de cada caso concreto, prezando por um atendimento individualizado, com a confecção de um projeto terapêutico para cada paciente, com a integração do núcleo familiar no tratamento, o que torna mais fácil a readaptação dos laços familiares e o posterior retorno do doente mental ao lar.

Além disso, ressalta-se o acompanhamento jurídico dos casos, havendo a comunicação ao juízo de execução penal responsável pelo processo por meio de relatórios periódicos, geralmente mensais, informando-se a situação do paciente, para que o juiz compreenda e esteja à par da sua realidade, até que ele tenha condições e autonomia para conviver em sociedade sem o auxílio do programa.

Até o ano de 2010, passaram pelo PAI-PJ 799 pacientes, dos quais 70% estão cumprindo medida de segurança em casa, 23% estão em regime de internação e 7% estão internados na Rede Pública de Saúde, havendo um total de 553 com seus processos arquivados (PAI, online).

Já em relação ao PAILI, tem-se que o programa já atendeu 745 pacientes em medida de segurança no estado de Goiás que foram encaminhados ao PAILI, atuando em 104 municípios. Deste número, 294 tiveram sua medida extinta. A grande maioria está em tratamento ambulatorial, somando o total de 267 pessoas, mostrando a tendência do programa de preferir este tipo de tratamento em detrimento da internação, valendo-se dela somente nos casos estritamente necessários.⁴

Apesar das semelhanças, o PAILI se difere do programa mineiro por ser uma política com âmbito de atuação na saúde pública, ao passo que o PAI-PJ está subordinado ao Tribunal de Justiça daquele estado. Além disso, verifica-se que o PAI-PJ, diferentemente do que ocorre em Goiás, não contempla todos os indivíduos em medida de segurança do estado de Minas Gerais, convivendo com três Estabelecimentos de Custódia e Tratamento Psiquiátrico (ECTPs), nas cidades de Barbacena, Ribeirão das Neves e Juiz de Fora, nos quais as medidas de segurança ainda são executadas na modalidade internação com restrição de liberdade (DINIZ, 2013, p. 21).

No entanto, apesar das diferenças, ambos os programas conseguiram, durante sua trajetória de aplicação, o encerramento de diversos processos de medidas de segurança com a reinserção de seus pacientes à vida em sociedade, fazendo valer seus direitos fundamentais, demonstrando-se exemplos a serem seguidos em todo o território nacional.

5. CONCLUSÃO

A loucura carrega estigmas e preconceitos que atravessaram os séculos e ainda hoje se fazem presentes na sociedade. A cultura de segregação daquilo que não é socialmente compreendido ainda impera. A figura

⁴ Dados internos do PAILI, atualizados até 10/10/2019, obtidos em visita à sede do programa e entrevista à ex-coordenadora do PAILI, Maria Aparecida Diniz.

do louco infrator, duplamente estigmatizada em razão da construção histórica de uma periculosidade presumida, sem qualquer embasamento teórico ou médico, até hoje sofre as consequências do encarceramento da loucura, decorrente de uma tradição manicomial fundada no medo.

Com o advento da Lei nº 10.216/01, o louco deixou de ser objetificado e passou a ser visto como sujeito de direitos. No entanto, na prática, poucas medidas foram efetivamente tomadas por parte do Estado e da sociedade para a transformação da realidade dessas pessoas e garantia de seus direitos positivados.

Não faltam provas de que os HCTPs são palco de situações torturantes e degradantes, não possuindo a mínima estrutura para tratar seus pacientes. Apontar as atrocidades que foram e são cometidas nessas instituições se faz extremamente necessário.

A possibilidade de que a jurisprudência adote o entendimento no sentido da analogia dos novos limites temporais das penas privativas de liberdade, especialmente da atual redação do art. 75 do CP, para aumentar para 40 anos o limite temporal de duração das medidas de segurança causará prejuízos permanentes. Não são apenas mais dez anos. São dez anos a mais trancados em ambientes insalubres, dez anos a mais submetidos a situações degradantes, dez anos a mais sem receber um tratamento adequado e dez anos a menos de vida.

A necessidade de determinar um prazo máximo de aplicação das medidas de segurança é urgente para evitar que essas pessoas, que sequer compreendem a ilicitude de suas ações, sejam submetidas a punições mais graves do que aqueles que possuem completo entendimento dos seus atos. Faz-se necessário impedir a violação constitucional da manutenção de uma prisão perpétua que atenta contra a liberdade e dignidade humana.

Acima de tudo, no entanto, deve-se tomar os exemplos de Goiás e Minas Gerais, buscando a superação do instituto do manicômio judiciário e a adequação aos ditames da Lei da Reforma Psiquiátrica. Em todos esses anos de implementação dos programas, demonstrou-se ser perfeitamente possível a aplicação bem-sucedida das medidas de segurança sem a internação em ambientes de caráter asilar, permitindo a conciliação do disposto pela Lei nº 10.216/01 com as regras de execução do Código Pe-

nal e da LEP, permitindo um tratamento humano aos pacientes, em observância a seus direitos, culminando na verdadeira reinserção social desses indivíduos.

“Ser contado é uma forma de existir” (DINIZ, 2013, p. 13). A discussão acerca das medidas de segurança deve ser sempre levantada a fim de nunca esquecermos daqueles que por muito tempo foram invisíveis aos olhos da sociedade. É preciso se indignar para que se possa transformar a realidade e um dia sonhar com uma sociedade sem manicômios judiciários.

REFERÊNCIAS

BARROS-BRISSET, Fernanda Otoni de. *Por uma política de atenção integral ao louco infrator*. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 2010. Disponível em: http://www8.tjmg.jus.br/presidencia/programanovosrumos/pai_pj/livreto_pai.pdf. Acesso em: 25 mar. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição: República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 mar. 2020.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, de 31/12/1940, p. 2391. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 25 mar. 2020.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l7210.htm. Acesso em: 24 mar. 2020.

BRASIL. Lei nº 10.216, de 06 de abril de 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10216.htm. Acesso em: 24 mar. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 25 mar. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 527. Terceira Seção. Julgado em 13 maio 2015, Dje, 18 maio 2015. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp#TIT1TEMA0>. Acesso em: 25 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 84.219-4. Medida de Segurança. Projeção no tempo. Limite. 16 ago. 2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79519>. Acesso em: 25 mar. 2020.

CAETANO, Haroldo. *Loucos por liberdade: direito penal e loucura*. Goiânia: Escolar Editora, 2019.

CAETANO, Haroldo. *O pesadelo do manicômio*. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2016/07/25/o-pesadelo-do-manicomio/>. Acesso em: 26 jun. 2018.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. *Inspecções aos manicômios: relatório Brasil 2015*. Brasília: CFP, 2015.

CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS. Resolução nº 08, de 14 de agosto de 2019. Disponível em: http://www.lexeditora.com.br/legis_27858696_RESOLUCAO_N_8_DE_14_DE_AGOSTO_DE_2019.aspx. Acesso em: 15 nov. 2019.

DINIZ, Débora. *A custódia e o tratamento psiquiátrico no Brasil: censo 2011*. Brasília: Letras Livres: Editora Universidade de Brasília, 2013.

FERRARI, Eduardo Reale. *Medidas de segurança e direito penal no estado democrático de direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

FOUCAULT, Michel. *Doença mental e psicologia*. Tempo Brasileiro, 1975.

FOUCAULT, Michel. *História da Loucura na Idade Clássica*. São Paulo: Perspectiva, 1978.

GOFFMAN, Erving. *Manicômios Prisões e Conventos*. São Paulo: Perspectiva, 1974.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS. PAILI: programa de atenção integral ao louco infrator. 3. ed. Goiânia: Ministério Público de Goiás, 2013. Disponível em: http://www.mpgo.mp.br/portal/arquivos/2013/08/19/15_33_20_501_mioloPAILI_Layout.pdf. Acesso em: 26 jun. 2019.

PAI-PJ. Resultados. Disponível em: http://www8.tjmg.jus.br/presidencia/programanovosrumos/pai_pj/resultados.html. Acesso em: 25 mar. 2020.

SEMINÁRIO 10 ANOS DE PAILI - PROGRAMA DE ATENÇÃO INTEGRAL AO LOUCO INFRATOR: Enfrentando desafios para garantir direitos. Goiânia, 2017.

SOARES, Carlene Borges; DINIZ, Maria Aparecida. Os serviços substitutivos em saúde mental e as alternativas à lógica manicomial: o Programa de Atenção Integral ao Louco Infrator (PAILI) como prática inovadora. In: VENTURINI, Ernesto; MATTOS, Virgílio; OLIVEIRA, Rodrigo Tôres (Org.). *O Louco Infrator e o Estigma da Periculosidade*. Brasília: CFP, 2016. p. 288- 313.

Organizadores

Arnaldo Bastos Santos Neto

Doutor em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Professor associado da Universidade Federal de Goiás e professor titular do Programa de Mestrado da Unialfa. Auditor fiscal do Trabalho.

Geraldo Henrique Costa Barbosa de Almeida

Pesquisador bolsista do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico.



Prefaciante

Claudia Roesler

Bolsista de produtividade científica do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico. Coordenadora do Grupo de Pesquisa Retórica, Argumentação e Juridicidades - GPRAJ. Pós-doutorado em Filosofia do Direito pela Universidade de Alicante, Espanha. Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo. É professora do Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Teoria do Direito, atuando principalmente nos seguintes temas: princípios constitucionais, tópica e argumentação, dogmática jurídica, teoria da argumentação jurídica e judicialização da política e das relações sociais, seleção e formação de juízes.

Autores e Autoras

Aline Albuquerque

Pesquisadora visitante no Instituto Bonavero de Direitos Humanos da Universidade de Oxford. Pesquisadora associada do Núcleo de Diplomacia e Saúde da Fiocruz. Pós-Doutorado em Direitos Humanos pela Universidade de Essex, Inglaterra. Pós-Doutorado em Direito Humano à Saúde no Instituto de Direitos Humanos da Universidade de Emory, Estados Unidos. Doutora em Bioética pela Universidade de Brasília, Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Especialista em Saúde Internacional pela OPAS/OMS. Professora do Programa de Mestrado e Doutorado do UniCEUB; da Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo. Professora do Mestrado em Políticas de Saúde da Fiocruz. Professora do curso de especialização em Direito Médico da UERJ, do curso de especialização em Direito Sanitário da Fiocruz e da pós-graduação em Bioética da Universidade de Brasília. Advogada da União.

André Luiz Arnt Ramos

Pesquisador visitante junto ao Instituto Max Planck para Direito Comparado e Internacional Privado, Alemanha. Doutor e mestre em Direito das Relações Sociais pela UFPR. Membro do Grupo de Pesquisa Virada de Copérnico. Associado ao Instituto dos Advogados do Paraná e ao Instituto Brasileiro de Estudos em Responsabilidade Civil. Cofundador do Instituto Brasileiro de Direito Contratual. Professor da Universidade Positivo. Advogado.

Arnaldo Bastos Santos Neto

Doutor em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Professor as-

sociado da Universidade Federal de Goiás e professor titular do Programa de Mestrado da Unialfa. Auditor fiscal do Trabalho.

Carolina Stange Azevedo Moulin

Doutoranda em Direito pela Universidade de São Paulo. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo.

Beatriz Borges e Silva

Graduada em Direito pela Universidade Federal de Goiás. Advogada.

Franciele Silva Cardoso

Pesquisadora do Núcleo de Estudos sobre Criminalidade e Violência da Universidade Federal de Goiás. Doutora e Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo. É professora adjunta da Universidade Federal de Goiás, professora permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito e Políticas Públicas da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás e Professora convidada no Curso de especialização em Ciências Criminais da Escola Superior de Advocacia da OAB/GO, da Escola Superior da Magistratura de Goiás (ESMEG) e em cursos de Especialização organizados pelo IBCCrim.

Felipe Magalhães Bambirra

Pós-Doutor pela Universidade Federal de Goiás - Programa de Pós-Graduação Interdisciplinar de Direitos Humanos (PPGIDH), Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais e professor do Curso de Direito da UniAlfa.

Gabriela Yumi Gervásio Tano

Acadêmica em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás, pós-graduanda em Direito Civil e Processo Civil pela Escola Superior de Direito. Pesquisadora bolsista do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico, membra da Liga Acadêmica de Acessibilidade ao Direito.

Geraldo Henrique Costa Barbosa de Almeida

Acadêmico em Direito pela Universidade Federal de Goiás. Pesquisador bolsista do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico.

Germano Campos Silva

Pós-doutorado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Doutor em Direito do Trabalho e Seguridade Social pela Universidad Complutense de Madri, Espanha. Professor titular da Pontifícia Universidade Católica de Goiás no Programa de Mestrado em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento e Serviço Social. Avaliador do INEP.

Liliana Bittencourt

Mestre em Direito e Políticas Públicas pela Faculdade de Direito de Universidade Federal de Goiás. Graduação em Direito na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás e Pós-graduação em Direito Civil - Direito de Família pela mesma instituição. Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás desde 1996, lecionando Direito Empresarial, Ética Profissional, Bioética e Lógica Perene. Juíza de Direito no Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Pesquisadora em Direito Natural e Filosofia do Direito. Organizadora do Grupo de Estudos sobre Direito Natural.

Marina Junqueira Cançado

Mestre em Psicologia pela Universidade Federal de Goiás, especialista em Psicologia Jurídica pelo Conselho Federal de Psicologia, especialista em Docência Universitária pela Universidade Estadual de Goiás, graduada em Psicologia pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás. Psicanalista clínica e psicóloga no Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região.

Nathália Teles Lima de Moraes

Acadêmica em Direito na Universidade Federal de Goiás. Pesquisadora do Programa de Iniciação Científica da Universidade Federal de Goiás.

Pablo Malheiros da Cunha Frota

Pós-doutorado em Direito na Universidade de Brasília. Doutor em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná. Mestre em Função Social do Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo. Especialista em Direito Civil pela Unisul. Especialista em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Graduado em Direito na Universidade Católica de Brasília. Graduando em Filosofia na Universidade Católica de Brasília. Professor Adjunto em Direito Civil e Processo Civil da Universidade Federal de Goiás e Professor Colaborador do Programa de Pós-Graduação em Direito Agrário da mesma instituição. Diretor de Publicação do IBDCONT. Diretor do IBDFAM/DF. Assessor Jurídico na Terracap (DF).

Saulo de Oliveira Pinto Coelho

Pesquisador e professor visitante da Unversitat de Barcelona, Espanha. Pós-Doutorado em Teoria do Direito, junto à Universitat de Barcelona, Espanha. Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor efetivo da Universidade Federal de Goiás, onde atualmente é Vice-Diretor da Faculdade de Direito, bem como Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito e Políticas Públicas, também é professor do Programa de Pós-Graduação Interdisciplinar em Direitos Humanos da UFG.