



**Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"**

LUCAS APARECIDO MOTA

**PROCESSO CIVILIZADOR JUDICIAL:
O CONCEITO DE JUSTIÇA NO BRASIL COM AS DECISÕES DO STF PÓS-
1988**

**ASSIS/SP
2020**



**Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"**

LUCAS APARECIDO MOTA

**PROCESSO CIVILIZADOR JUDICIAL:
O CONCEITO DE JUSTIÇA NO BRASIL COM AS DECISÕES DO STF PÓS-
1988**

Trabalho de conclusão apresentado ao curso de Bacharelado em Direito do Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA e a Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA, como requisito parcial à obtenção do Certificado de Conclusão.

**Orientando(a): Lucas Aparecido Mota
Orientador(a): Prof. Me. Fábio Pinha
Alonso**

**ASSIS/SP
2020**

FICHA CATALOGRÁFICA

M757p MOTA, Lucas Aparecido.

Processo Civilizador Judicial: O conceito de justiça com as decisões do STF pós-1988 / Lucas Aparecido Mota – Assis, 2020.

169p.

Trabalho de conclusão do curso (Direito). – Fundação Educacional do Município de Assis-FEMA

Orientador: Me. Fábio Pinha Alonso

1. Filosofia-direito. 2. Direito-história. 3. Justiça

CDD: 340.19
Biblioteca da FEMA

PROCESSO CIVILIZADOR JUDICIAL:
O CONCEITO DE JUSTIÇA COM AS DECISÕES DO STF PÓS-1988

LUCAS APARECIDO MOTA

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Instituto Municipal de
Ensino Superior de Assis, como requisito do
Curso de Graduação, avaliado pela seguinte
comissão examinadora:

Orientador: _____
Prof. Me. Fábio Pinha Alonso

Examinador: _____
Prof. Me. Cláudio José Palma Sanchez

Todos os citados nos agradecimentos merecem essa dedicatória, mas, especialmente à minha família, dedico a confecção desta obra. O amor, a compreensão e o apoio que encontro todos os dias dentro de casa, antes de sair para o trabalho ou para a faculdade, são reconfortantes e substanciais para que eu possa fazer e alcançar qualquer coisa. Sem elas, essas mulheres fortes da minha vida, eu nada seria. Mãe, Marina e dona Ana, essa é para vocês.

AGRADECIMENTOS

Agradeço por esta obra a um seleto grupo de pessoas sem as quais este trabalho, quiçá, nunca sairia de minha cabeça. Primeiramente à minha avó, mãe e irmã pela confiança inabalável em minha competência. Contar com o apoio do núcleo familiar nos permite um alicerce sólido para percorrer a trajetória de nossos sonhos.

Aos meus queridos amigos, que com tanto afeto e amor carrego comigo. Amigos antigos, sempre dispostos a me amparar, apoiar e animar nos momentos de dúvida com relação aos caminhos traçados neste curso, aos amigos novos, feitos durante a faculdade, principalmente os do S.H, companheiros nas trincheiras da graduação, aliados inexoráveis para vencer os perrengues encontrados durante os últimos anos.

Não menos importante, aos professores, mestres, doutores, líderes, muitas vezes amigos, além dos servidores que o curso de Direito colocou em minha vida. O conhecimento adquirido com estes grandes nomes espero ser capaz de retribuir um dia à sociedade.

Ao meu orientador, professor mestre Fábio Pinha Alonso, dono do humor mais ferrenho e agradável dentre todos os mestres que tive nessa caminhada, incansável colaborador na orientação bibliográfica e nas suas importantes dicas para que este trabalho pudesse ser elaborado.

Aos companheiros de pesquisa, aos doutrinadores e filósofos citados nesta obra, sem os quais, a sua erudição seria muito menos consolidada. O ensino se faz numa linha contínua, onde um termina e o outro carrega o fio condutor por mais um trecho. Assim, fazemos a ciência. Assim, o conhecimento chega a todos.

Ao Diretório Acadêmico “Dr. Luciano Tertuliano da Silva” e ao Programa de Iniciação Científica da FEMA por me proporcionar um maior aprofundamento na rotina acadêmica e científica, estimulando meu empenho em colaborar com o ambiente acadêmico e desenvolver minhas habilidades nestas searas.

À Unesp e ao meu curso de história, pela sólida formação cultural e bibliográfica que colaboraram para facilitar em muitos aspectos minha trajetória nesta segunda graduação.

À Fundação Educacional do Município de Assis, por me acolher. Os anos juntos criaram um sentimento de lealdade e companheirismo com essa Instituição que espero um dia poder também retribuir, levando o seu nome aos quatro ventos.

Como Sísifo, estamos condenados a rolar a pedra dos sentidos até o alto da montanha; e quando achamos que deles nos apropriamos, somos empurrados de volta ao começo.

Lenio Luiz Streck

RESUMO

A presente obra busca analisar as decisões de maior repercussão do STF sob uma ótica historicista e filosófica, pretendendo demonstrar a mudança conceitual que se faz sobre o termo *justiça* após a outorga da Constituição Federal de 1988, um divisor de águas na esfera jurídica, política e social brasileira. Para tanto, de início é preciso se debruçar sobre a história da justiça no Brasil, seus percalços, influências e transformações em mais de cinco séculos de existência. Após, é mister uma análise filosófica das diferentes concepções de justiça que foram objeto de estudo dos grandes pensadores. Por último, é necessário, a partir do conhecimento histórico e filosófico, adequar qual conceituação de justiça mais se aproxima da adotada pelo Brasil, tendo como base as decisões de grande repercussão emitidas pelo STF desde o advento da Constituição, em 1988.

Palavras-chave: Justiça; Filosofia do Direito; História do Direito

ABSTRACT

This current work aims to analyze most important decisions made by STF under a philosophical and historic view, trying to show the conceptual change on the meaning of justice after the coming of the Federal Constitution, in 1988, a game changing on justice, politics and social structures on Brazil. To do it, first we choose to understand Brazilian's law history, it's concerns, influences and mutations through those five centuries of existence. After, we choose to make a philosophical analysis of the different amount of meanings led to justice by so many different philosophers and jusphilosophers. At least, supported on those historical and philosophical knowledge, we'll discuss the most used meaning of justice in Brazil, based on STF most important decisions made after the coming of Federal Constitution, in 1988.

Keywords: Justice; Philosophy of Law; History of Law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. UMA HISTÓRIA DO DIREITO BRASILEIRO: DAS ORIGENS AO TEMPO PRESENTE	14
1.1. A GÊNESE PORTUGUESA	14
1.2. O DIREITO PORTUGUÊS NA AMÉRICA PORTUGUESA.....	23
1.3. O BRASIL METRÓPOLE	27
1.4. O BRASIL IMPÉRIO	30
1.5. O BRASIL REPUBLICANO: A REPÚBLICA VELHA.....	35
1.6. O DIREITO BRASILEIRO NA ERA VARGAS.....	39
1.7. DA “NOVA” NOVA REPÚBLICA AO REGIME MILITAR.....	44
1.8. O REGIME CIVIL-MILITAR	46
1.9. A CONSTITUIÇÃO CIDADÃ: DEMOCRACIA, DIREITOS HUMANOS E O BRASIL CONTEMPORÂNEO	50
2. AS JUSTIÇAS DESSE MUNDO	56
2.1. A GÊNESE JUSTICEIRA	56
2.2. JUSTIÇA DIVINA.....	57
2.3. JUSTIÇA NUA E CRUA: O ADVENTO DO TALIÃO	65
2.4. JUSTIÇA SOCRÁTICA.....	67
2.5. JUSTIÇA PLATÔNICA	69
2.6. JUSTIÇA ARISTOTÉLICA	72
2.7. A JUSTIÇA – E O DIREITO – ROMANOS.....	75
2.8. JUSTIÇA NO MEDIEVO E A CRISTANDADE.....	80
2.9. DAS TREVAS À LUZ: O ILUMINISMO E A JUSTIÇA.....	84
2.10. JUSTIÇA E DIREITO EM KANT.....	88
2.11. O VELHO E O NOVO: A REVOLUÇÃO FRANCESA E O PERÍODO NAPOLEÔNICO	92
2.12. JUSTIÇA, TEORIA E PRÁTICA EM MARX.....	97
2.13. JUSTIÇA E MORAL EM NIETZSCHE.....	99
2.14. A JUSTIÇA UTILITARISTA.....	102
2.15. JUSTIÇA E EQUIDADE EM JOHN RAWLS	104

2.16.	DWORKIN, ALEXY E A JUSTIÇA PRINCIPIOLÓGICA	107
2.17.	AMARTYA SEN E O PROBLEMA DA JUSTIÇA.....	112
2.18.	NORBERT ELIAS, O PROCESSO CIVILIZADOR E A ETERNA MUDANÇA	113
3.	TÊMIS SEM VENDAS: JUSTIÇA, STF E BRASIL PÓS-88..	116
3.1.	O CASO ELLWANGER	120
3.2.	A ANISTIA: O CONFLITO ENTRE O PERDÃO E A SOMBRA DO PASSADO	125
3.3.	PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO: ENTRE A VIDA E A CIÊNCIA.....	130
3.4.	A PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR DO CONTRATO DE LOCAÇÃO: PATRIMÔNIO E DIGNIDADE HUMANA.....	135
3.5.	A UNIÃO HOMOAFETIVA: ENTRE A RELIGIÃO, A FAMÍLIA, O ESTADO LAICO E O DIREITO DE ESTAR	140
3.6.	COTAS, DÍVIDA HISTÓRICA E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL	146
3.7.	AS BIOGRAFIAS NÃO AUTORIZADAS: A QUEM PERTENCE A MINHA HISTÓRIA?.....	150
3.8.	PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA: A DISCUSSÃO ENTRE O ALCANCE DA AMPLA DEFESA E A RESPOSTA DO ESTADO	155
	CONSIDERAÇÕES FINAIS	164
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	168

INTRODUÇÃO

A humanidade se fia há milênios no objetivo de responder algumas das questões mais complexas a respeito de sua própria existência. Desde que passou a registrar com afinco seus passos, através das pinturas rupestres ou, posteriormente, a partir da escrita cuneiforme, o homem se encontra frente a frente com questões existenciais que lhe tiram o sono e lhe dão asas aos mais variados pensamentos.

Dessa feita, algumas questões permanecem até os dias de hoje. Questões que causam debate, tumulto, guerra, catástrofe. Assim, ainda não é possível ao homem do século XXI saber a razão da existência da sua espécie, de onde veio ou para onde vai após sua morte.

A literatura tem colaborado nesse âmbito para suprimir, de maneira grotesca, tais respostas. Assim, é possível que se responda que a razão para o todo seja “42”¹, que após a vida a espécie humana se encontra num Éden revisto, com rios de leite, tal qual a Cocanha outrora no imaginário social². A ciência, de maneira mais eficaz, não tem medido esforços para compreender as razões da nossa existência e do nosso futuro. Doravante, os estudos de Darwin³ jorraram luz sobre a nossa origem, com toda a teoria evolucionista que então se esquadrinhou no mundo científico causando uma grande cisma com as teorias criacionistas de âmbito religioso que permanece em atrito até os dias de hoje.

Estudos sobre átomos e sobre a física quântica tem a cada dia surtido novos resultados sobre a origem do ser humano e também do seu entorno, da Terra, do Sistema Solar e do Universo como um todo. A outra pergunta, sobre para onde vamos após a morte, por sua vez, causa ainda espantoso e acalorado debate nos mais variados meios, desde os grandes congressos até as mesas de bares interioranas. Uma questão dessa magnitude suscita as mais diversas versões, restando a cada um, enquanto não se encontram indícios científicos, a acreditar naquela que melhor lhe apetece. Assim, a

¹ Referência à obra de Douglas Adams, considerada por muitos um ícone da cultura *cult*.

² FRANCO JR, Hilário. **A Idade Média: Nascimento do Ocidente**. São Paulo: Brasiliense, 2001.

³ DARWIN, Charles. **A origem das espécies**. São Paulo: Martin Claret, 2014.

religião, cada qual com sua própria sugestão a respeito do *post-mortem*, acarreta seus adeptos a crerem naquilo que doutrina. Aos católicos, o céu, o inferno ou o purgatório. Aos espíritas, vagueia-se entre duas dimensões, a espiritual e a terrena, até encontrar a paz. Aos ateus, o nada. Aos judeus, o céu ou o eterno retorno, situação fática onde o sujeito reviveria sua vida inteira de maneira *ad infinitum*, sem poder alterar nada do que vivenciou, um inferno muito mais temido por muitos do que a ideia católica e a versão mais cruel possível de um inferno, segundo a visão de Nietzsche.⁴

Outra questão, porém, mais pertinente à esfera terrena, também formula muitas questões e ainda não encontrou uma resposta que agrade a gregos e troianos nessa contínua experiência que é a vida. Trata-se de encontrar um conceito para a *justiça*.

Sim, essa expressão tão utilizada em todos os cantos do mundo levanta muitos questionamentos, desde os primórdios da humanidade até os dias atuais, a propósito de sua verdadeira face, de sua real essência.

No Brasil, tal debate não foge à regra, posto que a nação que surge – para o Ocidente civilizado – com Cabral, após o descobrimento, em 1500, passa por séculos de discussões a respeito dos mais variados entendimentos a respeito do que se trata por justiça.

Jesuítas, ateus, portugueses, indígenas, aristotélicos, platônicos, socráticos, kantianos, nietzscheanos, seguidores de Rawls, de Dworkin, de Sen, judeus. Uma infinidade de visões difusas a respeito de justiça se amalgamou na nação tupiniquim para prevalecer um sentido de justiça.

Isto posto, este trabalho almeja contribuir para a sociedade – tanto na especificidade acadêmica como no âmbito geral – apresentando as diversas facetas de justiça que perpassaram pela história do Brasil, desde os idos de 1500 até os dias de hoje, com a finalidade de apresentar, já em tempos modernos, qual modelo de justiça prevalece com o advento, em 1988, da Constituição Federal, a famosa *Constituição Cidadã*.

⁴ NIETZSCHE, Friedrich W. **Assim Falou Zaratustra**. São Paulo: Martin Claret, 2009.

Para tanto, de início é mister debruçar-se sobre a história do país concomitante ao direito, à política e à sociedade, pois é através dessa tríade que se torna possível compreender as vicissitudes das *justiças* que outrora vigoraram na nação.

Com a faceta histórica devidamente aventada, é importante, num segundo momento, atender as questões técnicas a respeito das diversas *justiças* que surgiram através da história. Com isso, uma análise filosófica ampla, no intuito de apresentar as diversas visões do conceito, desde os primórdios, passando pelos sumérios, até os dias atuais, de acalorados debates sobre pós-positivismo e neoconstitucionalismo, será elaborada.

Adentrando na fase final, para atingir a finalidade desta obra, partiremos das decisões pós-Constituição Federal de 1988 de casos de grande repercussão efetuados pelo Supremo Tribunal Federal, para, a partir dessa gama de juízos, poder levantar a hipótese de qual é a *justiça* do Brasil na atualidade.

Assim, com uma explicação histórica, uma demonstração filosófica e uma análise crítica de decisões, é possível elencar indícios de como houve uma transformação no tocante ao conceito de *justiça* que vigorou no Brasil e como, a partir dessas experiências históricas e filosóficas, se construiu o conceito que vigora nos dias de hoje, podendo até se discutir se esse conceito atual é unanimemente aceito ou se há controvérsias a respeito de sua formação.

1. UMA HISTÓRIA DO DIREITO BRASILEIRO: DAS ORIGENS AO TEMPO PRESENTE

1.1. A GÊNESE PORTUGUESA

Qualquer estudioso com pretensões de se debruçar sobre a riquíssima e vasta história da nação brasileira, não poderá deixar de alocar tempo para compreender a amálgama de influências que historicamente se fundiram à própria história nacional.

Assim, se durante três séculos o Brasil foi uma colônia de Portugal, por onde sofreu invasão dos holandeses, por onde, à força e, também, em alguns casos, na malandragem, subjuguou os povos indígenas aqui presentes e, sob olhos hoje envergonhados, consolidou sua exploração das riquezas coloniais através dos braços, pernas e vidas de milhões de escravos, é inegável que tais culturas tão distantes e difusas, em algum momento se encontraram para gerar o que se entende por cultura brasileira.

Mesmo com o advento da República, o fim da escravidão, a chegada de levas e mais levas de imigrantes italianos, japoneses, alemães, dentre outros, a busca por uma identidade nacional, pela resposta ao que se tratava dessa famigerada cultura brasileira, nunca encontrou um ponto convergente. Até os dias atuais, historiadores da mais alta índole ainda tentam responder o que se compreende por identidade nacional quando o polo do assunto é o Brasil.

Essa rápida explicação a respeito da(s) cultura(s) nacional(is) serve de pretexto para que possamos adentrar, antes de necessariamente falar sobre a história do direito de *terrae brasilis*⁵, nas miríades da história da nação de Algarve como forma de compreensão da formação jurídica e política que estará vigente no momento em que as naus de Cabral avistarem o que pensavam ser a Índia e assim, darem início ao longo processo que culminará no Brasil visto hoje.

A história portuguesa é muito complexa e vasta, com inclinações que se originam lá nos tempos do Império Romano, quando da grande expansão,

⁵ Termo cunhado por Lênio Streck (1955-), procurador e jurista, com vasto reconhecimento no Brasil e no exterior, para se referir ao território brasileiro.

alcançaram os territórios que hoje se entendem por Portugal. Até pela incontável produção bibliográfica que trata a respeito da história portuguesa, desde seus primórdios e origens até os tempos atuais, é necessário um recorte bibliográfico que atinja o objetivo principal dessa obra, qual seja, como a formação política e jurídica portuguesa se edifica para depois adentrar e se alastrar na colônia dos trópicos.

Para tanto, obra clássica se encontra já veiculada aos quatro cantos do Brasil e do mundo, trabalho magistral que discute, em seus primeiros capítulos, justamente a formação do Estado português para, posteriormente, esclarecer sua importância no Brasil. Trata-se da obra de Raymundo Faoro, notável jurista brasileiro do século XX, *Os donos do Poder*. (Biblioteca Azul, 2012) É nesta obra que Faoro desenvolve sua tese a respeito do patrimonialismo na história brasileira, demonstrando que tal fato se consuma historicamente desde os primórdios dos reinos portugueses, remontando a, pelo menos, sete séculos de cultura patrimonialista que, na visão do autor, será uma marca permanente na história tupiniquim.

É claro que um trabalho não pode se basear apenas em uma obra, embora possa a usar como guia num labirinto ainda desconhecido, dessa forma, mais obras podem ser utilizadas adiante para iluminar dúvidas e apresentar visões difusas a respeito de temas. Ainda que um autor goze de grande prestígio, sua obra não pode ser tomada como verdade absoluta, princípio esse que se carrega em qualquer pretensão científica, em qualquer área do conhecimento.

Voltando à história portuguesa, especificamente no tocante ao direito, Portugal, como praticamente todo território europeu, tem em sua essência um lastro do Império Romano, posto que influenciou em sua formação jurídica. É importante salientar que na Europa, os conflitos territoriais sempre foram frequentes. Trata-se de situação relativamente recente a paz que gozam os Estados europeus atualmente, posto que os limites territoriais, desde o Império Romano, nunca foram estáveis.

Assim, só em terras portuguesas podemos acalentar discussões sobre influências romanas, visigóticas, francesas e até dos mouros, que dominaram a península ibérica por séculos.

Essa instabilidade de influências e contornos territoriais geram uma certa dificuldade em adotar um marco para demonstrar uma gênese do direito português, deste modo, dentre as possibilidades, podemos selecionar o reinado de Afonso I.

A escolha não é arbitrária. Embora os domínios portugueses já existissem, é Afonso Henriques quem, pela primeira vez, declara-se Rei de Portugal, após vencer o conflito em que se opôs a sua própria mãe, que, por força de sua própria família, Leão, defendia a continuidade do território português ao Reino de Leão.

Embora remonte a guerra ao ano de 1128, o reino português só seria reconhecido em 1179 com bula papal de Alexandre III. Ressalta-se aqui que neste período, apenas com o reconhecimento pela Igreja Católica, pelo próprio papa, transmitia a força política necessária para a consumação de uma *independência*.

Ainda assim, mesmo com essa mora de cinco décadas, Afonso governou o seu reino de Portugal, sob o nome de Afonso I, alcunhado também como *O Conquistador*.

Até então, Portugal, vinculado ao reino de Leão, que também abarcava parte do território que hoje se compreende pela Espanha, sustentava sua formação jurídica no *Fuero Juzgo*, um compilado de leis que se baseavam no direito visigótico do século VII, que por sua vez tinham origem na *lex romana* e também nas orientações advindas da Igreja Católica.

Com a *separação* portuguesa, tornando-se reino próprio, é evidente que a influência religiosa continuou a vigorar, uma vez que a Europa era majoritariamente católica. O *Fuero Juzgo* também manteve sua influência, mas seu tempo estava contado. Algumas décadas depois, por volta de 1260, o rei Afonso X, que não era rei português, mas sim de Castela, resolve inovar na legislação, assim, ensina Castro Corrêa (apud BITTAR, 2017) que:

ordenou a compilação dos Direitos Romanos e Canônico por parte de juristas formados pelas universidades hispânicas, dentre as quais Salamanca. A obra é conhecida por Ley de las Siete Partidas (1260), talvez pelo fato de cada uma das sete partes começar por uma das letras do prenome do rei: A - L - F - O - N - S - O. (cap. 8)

Essa legislação foi adotada, a seu tempo, pelo Reino Português e perdurou até o século XV, quando em 1446 uma legislação própria é lançada. Mas para chegar lá, é importante salientar a importância da Universidade de Lisboa, que foi posteriormente transferida para Coimbra, criada em 1289, durante o reinado de D. Diniz. É com a solidificação da Universidade e o aprofundamento dos seus estudantes que as obras estrangeiras passam a ser traduzidas e, doravante, meticolosamente analisadas para que sirvam de base, unidas ao contexto histórico, um século e meio depois, para o surgimento das ordenações afonsinas.

Neste sentido:

Para a confecção do novo ordenamento jurídico, publicado em 1446 em nome de D. Afonso V, chamando-se, por isso, Ordenações Afonsinas, os compiladores tiveram como principal fonte os Direitos Romano e Canônico, dos quais extraíram títulos inteiros, além das inúmeras referências a ambos, que a cada passo se encontram no corpo da lei. (op. Cit, cap. 8)

Durante esta época das ordenações afonsinas, já em meados do século XV e a poucas décadas do momento onde os mares nunca dantes navegados⁶, como diria Camões, levariam os portugueses ao descobrimento da terra de Vera Cruz, posteriormente chamada de Brasil, Portugal já se encontrava com uma política solidificada em termos de capitalismo de Estado. Mas, ao contrário dos demais territórios que lhe avizinhavam, sua transposição do medievo para o capitalismo de Estado se deu de forma difusa e, como se pode notar pelas datas, muito precocemente.

Dois autores defendem teses que sustentam tal desenvolvimento maior do Estado português no fato de o mesmo não ter passado pelo feudalismo. É a linha defendida por Faoro (Biblioteca Azul, 2012) e por Herculano (Edições Vercial, 2010). Para ambos, durante o período medieval - em que a organização socioeconômica se baseava na propriedade da terra pelo Rei, que então cedia parte dessa terra à nobreza em troca da lealdade e de seus

⁶ CAMÕES, Luís Vaz de. **Os Lusíadas**. Rio de Janeiro: BestBolso, 2015.

serviços em casos de guerra, nobreza esta que repassava parte da terra, seus feudos, a camponeses que tratavam da mesma e que, em troca, recebiam a proteção e condições de vida, ainda que apenas o básico para o sustento, de seu senhor feudal, tudo isso sob a benção do clero sustentado pelo domínio da Igreja Católica -, Portugal passou por uma outra forma de desenvolvimento socioeconômico, desvinculado da prática feudal e, por consequência, já alinhado com interesses patrimoniais que, *mutatis mutandi*, com o passar da história, culminariam em um capitalismo de Estado.

Faoro defende que essa organização pré-capitalismo de Estado se difundia em uma lei baseada nas ordenações visigóticas e religiosas, como mencionamos anteriormente, mas que se sustentava em quatro áreas diferentes, porém entrelaçadas: guerra, quadro administrativo, comércio e supremacia do Príncipe.

Com a guerra, o monarca conquistava novos territórios e novos súditos. Os territórios não eram repassados à nobreza, como de costume no modelo feudal, mas, por outro lado, eram mantidos no tesouro real, O direito de posse, assim sendo, não figurava como algo alcançável entre os súditos, mas uma exclusividade do rei, com exceção do clero, sempre muito poderoso. Porém, a guerra e a expansão do território português, ou ainda mesmo a guerra defensiva, pela proteção de seu território já constituído, demandava uma organização administrativa, posto que não era possível ao Rei organizar todas as minúcias de um Estado. Assim sendo, já era necessário um quadro administrativo encabeçado pela nobreza, responsável por cuidar dos interesses da Coroa em todos os cantos do reino Português. Mas nem só de guerra e funcionalismo público vive uma nação, principalmente em tempos loquazes como os que empreendem a transição do medievo para a renascença, com efervescência de novas descobertas, muitas delas oriundas do oriente próximo e da Ásia, assim estabelecendo uma grande rede de comércio, embora ainda primeva, já muito substancial. Portugal não foge à regra e estabelece um comércio amplo, tanto entre seus territórios quanto com outras nações, principalmente com a França, que já criara em Flandres um polo comercial de grande prestígio no período. O comércio, apesar de a todo vapor nas terras de Algarve, dependiam dos interesses do monarca, que ditava e guiava os rumos

comerciais, estabelecendo as cotas de impostos, os preços dos produtos e todas as outras pertinências do comércio, o que nos leva à última área esboçada na teoria de Faoro, a da supremacia do monarca. Como dissemos anteriormente, no caso português não havia uma formação socioeconômica estipulada em vertical, na forma de uma pirâmide, onde a base sustentava o topo, topo este onde se encontrava o monarca, dono do poder. Em Portugal não houve pirâmide, mas houve apenas uma linha vertical. Acima, o rei com todos os mandos e desmandos, abaixo, a nobreza, o clero, uma burguesia oprimida pelos interesses reais e o resto, que não sustentavam a base real, pois, tudo já pertencia ao rei. Não havia nada que não fosse patrimônio real, fazendo assim do exemplo português um caso único nos moldes europeus de transição de uma era a outra.

Com essa estrutura portuguesa, em pouco tempo se consolidou o capitalismo de Estado, onde o rei preponderava nas decisões de todos os âmbitos da nação, porém dessa vez sustentado por uma burguesia ávida por se destacar e ganhar espaço, movimentando grandes quantidades de produtos e de moeda, enriquecendo ainda mais o patrimônio real, detentor de um amplo domínio sobre o território, os produtos e sobre a vida portuguesa, sem dar nenhuma satisfação aos nobres ou a ninguém, apenas em comunhão com a vigorosa Igreja Católica.

Com o tempo, tal capitalismo de Estado evidenciou mudanças na estrutura da sociedade portuguesa, com uma fortuita ascensão burguesa que almejava angariar espaços graças às benesses comerciais que adquiriria, exemplo claro disso é acordo comercial realizado pela cidade do Porto com a Inglaterra, realizado pela própria classe burguesa, já sob o reinado de D. Fernando. Alguns fatores contribuem para gerar uma crise na estrutura social portuguesa, o que culminaria com uma revolução.

Entre os fatores da crise, a própria estrutura social alavancada pela dinastia afonsina que perdurou desde a independência de Portugal até os tempos da revolução, estrutura essa que oprimia, pela própria essência do patrimonialismo, a ascensão burguesa, oprimia também os camponeses e plebeus e cortava espaços sempre muito bem quistos pela nobreza. Com D. Fernando, entretanto, a nobreza volta a encontrar espaço nas Cortes, pois o

monarca tinha boas relações com a mesma, entretanto, a consolidação do comércio marítimo permitia que a burguesia alcançasse vozes profundas também na corte, o que promovia certo conflito entre a vertente nobre e a vertente burguesa no conselho de auxílio à Corte.

É nesse período também que ocorre a peste negra, mal pandêmico que se estima ter dizimado um terço da população portuguesa. Assim sendo, essa lacuna populacional nas terras de Algarve provocou uma mudança abrupta no modo de vida dos portugueses. Terras ao relento, sem fidalgos ou sem posse alguma eram preenchidos pela população, o que promoveu uma elevação da condição social de muitos habitantes. Muitos desses habitantes que se elevaram no *status* social, entretanto, eram parte importante da estrutura antiga portuguesa, por serem responsáveis pela mão-de-obra rural que sustentava a produção agrícola da nação. Isso gera então uma forte crise de demanda, pois, uma vez alcançada uma nova estatura no ordenamento social, com mais bens, deixados ao relento pelos mortos pela peste e não colhidos tempestivamente pelo governo patrimonialista, até pela grande quantidade de bens que ficaram, a modo de dizer, largados às traças, tal camada da população agora usufruindo de melhores condições, não almeja de forma alguma retornar aos trabalhos pesados que lhe eram impostos na lavoura.

Preocupado com essa forte crise que acomete ao reino, D. Fernando promulga uma lei que obriga essa nova camada social a voltar a lavra, sob penas fortes que incluíam açoites, ou, em casos mais graves, degredo. Tal obrigação deixa muito descontente essa classe emergente, que começa a articular, junto da burguesia - que não via com bons olhos a aproximação do seu monarca com a nobreza, o que entendiam como uma aliança que poderia prejudicar muito seus interesses e ser um retrocesso aos moldes feudais – um movimento para demonstrar sua insatisfação sobre os rumos que o reino estava tomando.

A situação piora com a morte de D. Fernando e a vontade, por parte da Coroa, em unir novamente forças com o reino de Castela, embora, nos relatos que sobreviveram, a ideia fosse manter os reinos separados. O povo não entendeu dessa forma e iniciou, sob a orquestra de Álvaro Pais, homem forte da burguesia consolidada e que tinha relacionamentos intrínsecos na corte, um

movimento de revolução. A filha de D. Fernando, por acordo feito ainda em vida por seu pai, é declarada rainha de Portugal, ao lado de sua mãe, agora viúva e seu marido, que era de Castela, também se declara rei de Portugal. A burguesia, não vendo com bons olhos tal movimento, indo contra seus anseios, fomenta a população das camadas mais baixas a se rebelar, sob o pretexto de fim da soberania portuguesa e das liberdades adquiridas e sugerindo o meio-irmão do falecido D. Fernando, D. João, para assumir o trono.

A revolução estoura com êxito, as turbas, no termo de Faoro, tomam as ruas e os campos, desapropriam, à força, aqueles que defendiam a tutela sob Castela. Mortes, perseguições e abandonos tomam conta da nobreza e dos leais à consolidação de D. Beatriz e seu marido como reis de Portugal. A burguesia aproveita o momento de efervescência para inflar ainda mais a luta:

O povo, atizado por Álvaro Pais, que a fomentou com a falsa notícia de que o séquito da odiada rainha procurava matar o Mestre (de Avis, D. João), acode de toda parte aclamando o novo líder (FAORO, 2012, p. 41)

Dessa forma, com grande apoio popular devido à manobra gerida pela burguesia, a revolução, após algumas batalhas, sai vitoriosa, e em 1385 dá início à Dinastia de Avis, que perduraria até 1580.

É durante o período de Avis, que se inicia no reinado de D. João, que também surge uma renovação jurídica dentro do ordenamento português. Uma vez ao poder uma chama difusa daquela que até então governava, novas leis eram necessárias para dar cabo dos novos interesses que a nação seguiria dali em diante. Assim:

Ao jurista, representado em João das Regras, coube conciliar-se as facções, amalgamando-as, articulando-as e incorporando-as ao Estado. Sua primeira obra foi institucionalizar a dupla chefia do governo, com a prevalência do poder revolucionário. O aclamado Regedor e Defensor do Reino, por arte dos sofismas do chanceler-mor, o doutor João das Regras, reivindica o trono, com argumentos de legitimidade. Os fidalgos, relutantes em quebrar um princípio tradicionalmente assentado, envolvidos pela “subtileza e clareza de bem falar”, reconheceram, no bastardo, o rei, depois que se lhes mostrou a nulidade dos casamentos de onde provinham os demais pretendentes. Triunfou o direito romano, com sua maneira retórica de raciocínio, consagrando as Cortes de Coimbra, verdade que ao lado da espada, o novo príncipe. A sociedade urbana e popular tinha um rei – feito da revolução burguesa, da espada improvisada e dos argumentos dos juristas. Burgueses e leigistas velavam para que a monarquia, duramente construída, não se extraviasse numa confederação de magnatas territoriais, enriquecidos com as doações de terras outorgadas para recompensar serviços e lealdades (FAORO, 2012, p. 43)

O citado João das Regras era enteado de Álvaro Pais, aquele que fomentara a revolução burguesa e que instara D. João ao trono, dessa forma, com a ascensão de seus próximos ao poder, lhe foi incumbida a tarefa de legitimar o reino e também de promover as mudanças jurídicas necessárias para a nova realidade que se assenhoreava em Portugal. A tarefa recaiu sobre si pois era um grande conhecedor do direito vigente em sua época. Sustenta-se que estudou na faculdade de Bolonha, onde possa se esmiuçar que tenha tido grande contato com o Direito Romano, que seria a base do seu pensamento durante a vida.

Se algumas estruturas mudariam dali em diante, certamente que o patrimonialismo não estaria dentre elas. Continuaría a Corte em compreender o patrimônio do Reino como patrimônio seu também. Essa prática seria corriqueira por muitos séculos, se enraizando na própria essência portuguesa e, posteriormente se estabelecendo também em terras brasileiras. Apesar disso, reformas foram consolidadas em Portugal: a Dinastia de Avis não manteria seus vínculos com a dinastia derrotada, Portugal novamente afirmaria sua soberania e, aliados aos interesses nacionais, os interesses burgueses estariam encaminhados por muitos, muitos anos.

É nesse contexto, sob a dinastia de Avis, já balizado o direito nacional sob legislações que mantinham a predominância da Corte sobre os demais interesses, já organizada uma estrutura em estamentos com conselhos que beneficiavam aos apoiadores da Corte, em um contexto de grande florescimento mercantil com cada vez mais demandas náuticas com vistas em aumentar o alcance das mercadorias, através de trocas, vendas e compras com novos territórios, que, promovidas com a benção do Estado – ou seja, da Corte – as grandes naus partem de Portugal em busca das Índias.

Mero acaso do destino, para deixar qualquer Paul Auster⁷ feliz, nem todos os barcos encontram seu destino, mas, perdidos na imensidão do oceano Atlântico, sob orientação das estrelas, tal qual os reis magos outrora em busca de um novo tempo, encontraram os portugueses um Novo Mundo. Ancorados na terra de Vera Cruz, observado o Monte Pascoal pelos atentos

⁷ Paul Auster (1947-) é um renomado escritor estadunidense, que tem como marca em sua produção artística o desenrolar de situações que partem de acasos.

olhos dos tripulantes de Pedro Álvares Cabral, descobria-se o que posteriormente viria a ser o Brasil, esmiuçado em linhas tão curiosas e absortas descritas por Pero Vaz de Caminha, o escrivão que acompanhava as embarcações e que, escolhido da história, notificou à majestade, El-Rei, daquele novo pedaço de terra, daquela vastidão que por força de lei – o Tratado de Tordesilhas -, tratava-se de território da Coroa.

Um novo mundo, nem tão novo assim, vide os índios que já aqui habitavam, passava ao pertencimento de Portugal. Desse momento em diante, estabelecem-se alguns colonos na terra nova, cujo terreno hoje corresponde à cidade de Salvador. Em *terrae brasilis* chega a civilização ocidental, a etiqueta, a religião, a cultura e também, muito importante para o estabelecimento da nova Colônia, o direito.

1.2. O DIREITO PORTUGUÊS NA AMÉRICA PORTUGUESA

Durante mais de três séculos, o território brasileiro se constituiu em colônia portuguesa. Durante esse período, o direito português prevaleceria na nova colônia dos trópicos, absorvendo as novidades advindas da Europa.

Se é em 1500 que ocorre o “descobrimento”, Guedes (2012, p. 38), demonstra que:

As três décadas iniciais de exploração do pau-brasil e de disputas entre portugueses e franceses, não conta com povoações no imenso território, que somente teria a presença concreta dos europeus a partir de 1530, sendo o extenso território dominado pelas numerosas nações indígenas originais. Depois da fundação das primeiras vilas, essas povoações iniciais viriam a possuir bem mais tarde a estrutura judicial muito simples, com Casa de Comarca, com tabelião do judicial e notas, escrivão e juiz pedâneo

Também explicita que:

Depois das três primeiras décadas desperta o interesse português, em vista, principalmente, das ameaças e da cobiça francesas. Assim, a Coroa Portuguesa decide, em 1532, implantar o sistema de Capitânicas Hereditárias, simultâneo às missões exploratórias dadas à Martin Afonso de Souza. Por esse novo sistema, frações do território eram doadas a donatários com o fim de tomarem a posse das terras, defendê-las e povoá-las. Tais donatários tinham poderes sobre a terra e de justiça, originado de regimento próprio que lhes permitia inclusive aplicar a pena de morte, sem recursos, exceto aos fidalgos; esses capitães donatários exerciam a jurisdição por meio de seus próprios ouvidores (2012, p. 38)

Dessa forma, compreende-se que Portugal passou a ter um interesse maior na colônia brasileira apenas após três décadas de exploração da

mesma, onde iniciou então o processo de aparelhamento do sistema judiciário português para a versão colonial. Esse interesse surgiu muito por conta da ameaça de outras nações sobre o território recém-descoberto, como dos franceses e posteriormente dos holandeses, esses últimos que viriam a tentar invadir parte do território brasileiro.

Muito embora durante o período do descobrimento Portugal estivesse sob a regência das Ordenações Afonsinas, datadas de 1446, com toda sua estrutura jurídica e administrativa já determinada, muito amparada nos moldes de estamento e patrimonialismos já expostos anteriormente na obra de Faoro, quando começa a se denotar interesse na terra tupiniquim, já algumas décadas após a chegada de Cabral, já havia sido mudada a legislação, com novo pilar sustentado nas Ordenações Manuelinas. Nestas,

de 1521, mantiveram-se a estrutura formal assemelhada àquela das Ordenações Afonsinas, preservando quase que integralmente as funções judiciais e administrativas, servindo de fonte formal do direito, bem como normas gerais que organizavam o direito português. Ao passo que as Ordenações eram a fonte geral do direito, as Cartas de Doação eram a fonte do direito particular, capazes de constituir as próprias capitanias, dar o direito ao uso e herança da terra, aos escravos e ao exercício da jurisdição (GUEDES, 2012, p. 39-40)

É nesse ínterim que começa a se estruturar a organização judiciária e administrativa no Brasil, pautada nas Capitanias Hereditárias, com poder quase que absoluto aos domínios do detentor da mesma, respondendo sempre à metrópole e explorando fortemente a matéria-prima brasileira.

Com quase cinquenta anos do descobrimento, a Corte portuguesa resolve solidificar seu domínio sobre a colônia, portanto:

A vinda do Governador Geral Tomé de Sousa, em 1549, acompanhado de funcionários do Reino, para instalar em Salvador a capitania diretamente ligada à Corte, e com o fim de construir a igreja, o paço de governo, a casa de câmara e cadeia, a alfândega e o pelourinho, revela a mudança na forma de relacionamento de Portugal com as novas terras. Reproduzem-se aqui, a partir de então, em escala muito reduzida, as instituições portuguesas, observadas também algumas limitações e necessidades locais. (GUEDES, 2012, p. 38)

Dessa feita permaneceu o território ultramar português até o século XVII, quando, já em seu início, com a alteração da legislação para as Ordenações Filipinas, alterações na escala judiciária, administrativa e sócio-política se

instauram na metrópole, atingindo também todos os territórios coloniais pertencentes à nação portuguesa.

Dentre as mudanças que atingem o Brasil com as Ordenações Filipinas, tem-se a instalação da Relação do Estado do Brasil, em Salvador. Vinculava-se a instalação de tal órgão na colônia deste o final do século XVI, todavia, somente em 1609 o mesmo se instala no Brasil. A Relação permitia que os casos judiciais ocorridos na colônia fossem reexaminados, como numa instância de apelação, dentro do próprio território, sem haver a necessidade de enviar os autos para a Metrópole. A vida útil dessa Relação seria curta, tendo sido abolida em 1626, só retornando ao funcionamento em 1652, com uma organização semelhante a existente. Ao mesmo tempo, conforme os novos colonos, já adaptados à costa brasileira, adentravam no interior, explorando mais territórios, surgiam novas vilas, que então geravam novos funcionários responsáveis pela questão da justiça, encorpados geralmente em ouvidores e juizes ordinários, com funções semelhantes aos magistrados de primeira instância hoje.

Até em Portugal houve mudanças no tocante ao relacionamento com os territórios ultramar. Assim, sustenta Guedes (2012, p. 41)

Na Metrópole, a forma de relacionamento do Reino com as Colônias entre 1604-1614 deu-se por meio do Conselho da Índia, que tinha inicialmente atribuições sobre a maioria dos assuntos administrativos e judiciais. Posteriormente, para os assuntos judiciais, foi dada a atribuição em Portugal à Mesa de Consciência e Ordens (1608) à qual estava afeta “a jurisdição judicial e contenciosa entre quaesquer partes”.

Essa organização sustentada pelas Ordenações Filipinas prevalece em funcionamento por muito tempo. É nesse período que se alastra o domínio português sobre a colônia brasileira, permitindo então uma solidificação de funções administrativas e judiciárias, ambas ligadas à Corte, no território.

Cabe uma rápida explicação do contexto histórico Europeu durante tais alterações na estrutura jurídica, econômica, social e política brasileira. Durante o final do século XVI, a Dinastia de Avis adentrou em crise, pois o rei português não deixou herdeiros. A guerra pela sua sucessão culminou com a coroação de Filipe (daí o nome das Ordenações), rei espanhol, para o trono. Doravante, Espanha e Portugal estavam novamente unidos sob uma só Corte, período

conhecido como União Ibérica. Para além, tal fato culminou em mudanças diplomáticas também. Vale dizer que Espanha e Holanda estavam em guerra há algumas décadas e, entre o começo e meados do séc. XVII, interessados na questão açucareira da qual já lucravam muito, os holandeses invadem território brasileiro e ali constituem uma colônia sua, que perduraria por vinte e quatro anos, até a expulsão dos mesmos por revolta popular, fortemente sustentada pelos interesses portugueses – e espanhóis – em retomar o seu território.

Pode-se ver então que nesse momento, no séc. XVII, a cana-de-açúcar já era matéria basilar da formação econômica portuguesa, e, portanto, atraía o interesse de outras nações. A economia brasileira cresceria embasada no tripé econômico, sustentado por vários historiadores do período⁸, a escravidão, a cana de açúcar e a propriedade rural.

Nota-se também, durante todo o período tratado acima, o forte controle exercido pelo Clero também. Ora, a Igreja Católica, ao tomar conhecimento da nova colônia e de novos povos ainda não cristianizados, enviou rapidamente emissários com a finalidade de cristianizar as tribos indígenas. Dessa feita, chegaram no Brasil os jesuítas – que seriam expulsos do reino Português pelo Marques de Pombal no séc. XVIII – e também uma considerável missão católica, financiada tanto por Roma quanto pela Corte, com o objetivo de fixar Igrejas e consolidar o domínio, na esfera religiosa, do catolicismo na colônia.

A questão religiosa traria alguns conflitos com a Corte já entre os séculos XVII e XVIII. Isso se dava pelos interesses difusos que as instituições mantinham sobre a colônia. A Igreja trazia seu próprio conceito de justiça, pautado nos escritos do Velho e do Novo Testamento e fortemente vinculados a culpa. A Metrópole, por sua vez, não constituía um pensamento parecido, tendo seu próprio entendimento sobre a justiça, que se pautava nas Ordenações Filipinas. Assim

Preservou-se nessa fase a superposição de justiças secular, dada aos Governadores, aos Capitães-móres, ao Ouvidor-Geral, aos Ouvidores das Capitâneas e, posteriormente, aos Ouvidores das Vilas e Juizes de Fora, com a jurisdição eclesiástica, nascida pela observância ao Concílio de Trento (1563), recebido pelas Ordenações L. 2^o, T. 1^o, e dada aos ministros

⁸ A teoria é fortemente defendida, mormente, pelo economista Celso Furtado.

católicos, causando constante conflito e insegurança.” (GUEDES, 2012, p. 42)

Em pleno séc. XVIII, há uma mudança incomum na colônia brasileira, uma vez que a corrida pelo Ouro avança no interior, consolidando-se como pilar da economia ao lado da até então sólida e solitária cana-de-açúcar. O território brasileiro passa a ser muito mais explorado para o Oeste, cada vez mais alçando as linhas limítrofes portuguesas e espanholas. Já havia, então, finda, a União Ibérica anteriormente mencionada, com a volta da independência do reino português do reino espanhol. É nesse período também que surge o Marquês do Pombal como figura central da história portuguesa. Suas inovações e ações no âmbito da estrutura política do reino rendem até hoje homenagens, com seu nome vinculado de maneira permanente à história. Com relação à colônia tupiniquim e o direito:

As reformas do Marquês de Pombal, iniciadas na educação e na formação de companhias de exploração econômica, chegaram à Justiça com a criação das Juntas de Justiça (1765), compostas pelo ouvidor da capitania e dois letrados adjuntos, com competência para o reexame das decisões da justiça eclesiástica, fonte constante de conflitos com a justiça secular.

A estrutura judicial desta época colonial é composta por juízes de primeira instância (ouvidores e provedores), dois tribunais de segunda instância, a Relação da Bahia e a Relação do Rio de Janeiro e uma terceira e última instância situada na Metrópole, a Casa de Suplicação (GUEDES, 2012, p. 43)

As alterações promovidas pelo Marquês do Pombal permanecem em voga até o ano de 1808. Em 1808 acontece algo incomum, algo único em toda a história da humanidade: a Coroa, a Corte portuguesa, transferiria a Metrópole da Europa para os trópicos, alçando então uma mudança nunca dantes vista e que colaboraria para lançar o território brasileiro como o mais incomum das américas.

1.3. O BRASIL METRÓPOLE

O final do século XVIII trouxe mudanças tão abruptas e abrangentes na história que até hoje os reflexos dessas mudanças repercutem na sociedade. Assim, no século em que o pensamento iluminista tomou conta da Europa e se alastrou pelos cantos do mundo, em muitos deles de forma clandestina, o modo de se pensar a organização da sociedade mudou.

Dessa feita, o pensamento de filósofos franceses como Montesquieu e Rousseau causou um estranhamento do povo europeu com relação às monarquias absolutistas. Hobsbawm (Paz e Terra, 2007), em um de seus clássicos, defende que a revolução francesa foi um movimento ímpar na história, pois é difícil compreender como se formaram as diversas camadas que concorreram para a sua ocorrência. Defende, todavia, que a insatisfação com o absolutismo partia de uma visão majoritariamente econômica, pois a desigualdade originada pelo controle absoluto do Estado aos bens e territórios não permitia uma ascensão do capitalismo que, nessa altura, ia saindo da caverna como uma sombra que dominaria boa parte do mundo, muito amparada nas conquistas tecnológicas que ocorriam na Inglaterra. Assim, esse desagrado alcançou tanto a burguesia quanto as classes mais baixas e, na França, de onde vinha o centro desse pensamento cultural focado em ultrapassar o regime absolutista, depois taxado de *Antigo Regime* numa finalidade de impor ao conhecimento histórico a distinção entre o antigo e o novo, explode a Revolução Francesa, em 1789.

O próprio Hobsbawm (Paz e Terra, 2007), compreende que a Revolução Francesa se deu no amálgama de diversos movimentos heterogêneos, que acabaram por se inflar ao mesmo tempo, gerando a ideia de uma grande revolução, no que na verdade se constituía de vários movimentos difusos. Sua teoria apresenta traços confiáveis, uma vez que a grande profusão e alternância dos líderes e grupos no comando do Estado após a queda da Monarquia demonstra a instabilidade no decorrer da Revolução. Assim, Danton, Robespierre e Marat são alguns dos nomes que detiveram grande poder durante o período, conhecido pelas execuções. Nesse tocante, Hobsbawm se demonstra um pouco febril ao defender que o número de execuções não foi tão expressivo:

Os conservadores criaram uma imagem duradoura do Terror, da ditadura e da histórica e desenfreada sanguinolência, embora pelos padrões do século XX, e mesmo pelos padrões das repressões conservadoras contra as revoluções sociais, tais como os massacres que se seguiram à Comuna de Paris de 1871, suas matanças em massa fossem relativamente modestas: 17 mil execuções oficiais em 14 meses (2007, p. 67)

Enfim, todo esse caleidoscópio de líderes da Revolução Francesa e após essas “modestas” dezessete mil execuções, um jovem general do

exército revolucionário consegue se alçar ao poder e gerar certa ordem no que parecia um caos.

Napoleão, o dito general, não tinha planos de manter o ideal da revolução apenas para a França, assim, entrou num paradoxo, pois ao mesmo tempo que angariava todos os poderes em suas mãos, nomeando-se posteriormente o Imperador, desejava acabar com a Monarquia absolutista no restante da Europa, assim avançou contra territórios agora inimigos, declarando guerra e dominando por onde passasse, dominando até o Egito e chegando na Rússia.

A Inglaterra, que por outro lado encontrava-se em um momento de efervescência econômica com as novas tecnologias de tecelagem, não via com bons olhos um regime governamental que confrontasse seus interesses. Assim, a guerra entre a França e a Inglaterra, uma como o pilar dos novos tempos iluminados e a outra como o pilar dos novos tempos econômicos, foi inevitável.

É nesse contexto que se encontra o ano de 1808, quando Napoleão dá um ultimato ao monarca português, até então tentando se manter isento de todas as transformações ocorridas em suas regiões fronteiriças. Ameaçado por Napoleão de um lado, a Inglaterra vê a oportunidade de trazer mais um aliado para si, assim, orquestram a fuga da família real portuguesa que deixa a Metrópole para se fixar no Rio de Janeiro. A cidade colonial se torna então a capital do Reino, e pela primeira – e única vez na história – a colônia vira metrópole.

Assim, a família portuguesa se estabelece na costa carioca, tendo o apoio da frota inglesa, até então a mais forte e destemida do mundo, que observa nos portugueses importantes aliados econômicos devido a infinita quantidade de matéria prima que poderia ser negociada do Brasil.

Uma vez aqui, a Corte traz consigo todo um aparato real, com móveis, uma biblioteca e funcionários da alta classe administrativa que seriam responsáveis então por transformar o Rio de Janeiro em uma capital à altura do reino.

Toda essa transformação ocorrida no Rio de Janeiro alcança, obviamente, o direito. Assim, poucos meses após a chegada da Família Real, sob a regência de D. João VI, instala-se no Rio de Janeiro a Casa de Suplicação. Tal instituto funcionava para atender os recursos que antes eram enviados até Portugal para análise. Com Portugal invadida por Napoleão – logo após a saída da família real, as tropas francesas avançaram sobre Lisboa -, tal comunicação sofreu uma ruptura, assim sendo, com a nova Corte em terras tupiniquins, seria ali também o antro das decisões jurídicas.

O Rio de Janeiro se transforma na capital do Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves, onde a Corte fincaria raízes e traria, na medida do possível, a reprodução das instituições que vigoravam em Portugal. Para além, o quadro administrativo de alta classe que viajou junto com a Coroa, também aqui se estabeleceu, dando continuidade à visão patrimonialista outrora ancorada na história portuguesa.

Com todo o território à sua disposição, posto que o patrimônio da Coroa e o patrimônio do Estado eram vistos como um só, D. João VI acaba criando um sentimento de afeto por sua nova residência, mas, com a queda de Napoleão em 1815 e a consequente vitória inglesa, é logo intimado a voltar para a Europa, uma vez que seu povo, que permaneceu em Portugal, era reticente quanto ao reino manter a capital em território ultramar e desejava seu monarca de volta. Assim, D. João VI parte de volta para Portugal, mas fica no Brasil seu filho, D. Pedro. Uma vez alçada à Metrópole, o Rio de Janeiro e o Brasil não desejavam voltar à condição de colônia.

Nesse meio tempo, de insatisfação dupla, de Portugal por ter sido abandonada e do Brasil por não querer voltar a ser colônia, com toda uma estrutura administrativa, judicial e política organizada, que nas margens do rio Ipiranga, em São Paulo, ao voltar de uma viagem para o litoral paulista, D. Pedro, influenciado pela família Bonifácio, declara a Independência do Brasil e se torna D. Pedro I.

1.4. O BRASIL IMPÉRIO

Como pudemos ver, não houve ruptura hostil entre Portugal e Brasil no que concerne à independência brasileira, o que ocasionou a manutenção de

muitos funcionários e cidadãos portugueses que haviam vindo com a Coroa em permanecer no Brasil. O novo projeto de nação que seria então encabeçado não necessitaria de grandes alterações, não obstante as grandes estruturas para a administração da nação já haviam sido construídas, só sendo então tombadas como patrimônio agora brasileiro.

Urgia, contudo, uma alteração de grande escala no tocante às leis, posto que as que aqui vigoravam eram portuguesas. Assim, já em 1824 se tem a primeira Constituição brasileira.

Sua promulgação, porém, não saiu de maneira convergente. Nos ensina o historiador Villa (Leya, 2011):

Depois de dezenas de sessões e muito debate, o projeto constitucional não foi do agrado do imperador. Era muito liberal para um autocrata. Impedia, por exemplo, que pudesse dissolver a Câmara. Pouco depois, Bonifácio saiu do governo. A nova administração deu uma guinada em direção aos interesses dos portugueses. Em novembro, a tensão chegou ao auge: choques entre cidadãos brasileiros e portugueses, jornais atacando o Ministério e D. Pedro I, além de ameaças de dissolução da Constituinte (p. 4)

Inclusive, a primeira tentativa de permear uma constituinte entre o povo brasileiro, acabou com sua dissolução:

As últimas sessões tiveram grande audiência: centenas de populares assistiram aos debates. Em 1.º de novembro de 1823, oficiais das guarnições militares, no Rio de Janeiro, dirigiram-se ao imperador exigindo a expulsão dos Andradas da Constituinte. D. Pedro contemporizou e pediu aos deputados que adotassem medidas para garantir a paz pública. Em 11 de novembro, a Assembleia declarou-se em sessão permanente. Antônio Carlos (Bonifácio de Andrada) foi o maior defensor da independência dos constituintes, para que pudessem concluir seu trabalho, ameaçados pelas pressões do poder militar do imperador: “Não admito, pois, restrições à liberdade de imprensa; quero é que se diga ao governo que a falta de tranquilidade procede da tropa e não do povo, e que a Assembleia não se acha em plena liberdade, como é indispensável para deliberar, o que só poderá conseguir-se removendo a tropa para maior distância”. De nada adiantou seu protesto. A Assembleia foi cercada por centenas de soldados, e a Constituinte foi dissolvida. Parlamentares foram presos. Um deles, o mesmo Antônio Carlos, irônico, na saída do prédio, saudou, ao passar ao lado de uma peça de artilharia: “Respeito muito seu poder”. (VILLA, 2011, p. 4)

Pressionado pela insatisfação das províncias, que sustentaram a Independência com ânsias de novos tempos, de maior liberdade e protagonismo da jovem nação brasileira, D. Pedro I outorga a primeira Constituição do Brasil no início de 1824. Evidente que por não ser promulgada

e sim outorgada, tratava-se de instrumento jurídico com interesse em fortalecer e proteger as finalidades limitadas pelo próprio Imperador. Assim:

Dos 179 artigos, reservou 88 para o Poder Legislativo. Mas o apreço pelo Parlamento não era sincero, tanto que o manteve fechado por dois anos e meio – só foi reaberto em 1826. Mesmo assim, reduziu o período do seu funcionamento a quatro meses por ano. Democrático, “pero no mucho”, o imperador limitou quem deveria ser eleitor. Todos eram iguais, mas uns eram mais iguais que outros. As eleições seriam indiretas. No município votariam os maiores de 25 anos, livres (30% da população era escrava), e excluía-se os criminosos, criados e quem não tivesse renda anual mínima. Os eleitos nos municípios seriam eleitores para as outras duas esferas: a provincial (como eram chamados os estados) e a nacional. De acordo com o artigo 94, era necessária renda mínima anual de 200 mil-réis. Assim, o critério era a renda (chamado censitário) e não envolvia a alfabetização, como será disposto, no fim do Império, pela Lei Saraiva, de 1881. Pelo projeto da Constituinte, a restrição da renda tinha como referência alqueires de farinha de mandioca, daí a expressão Constituição da mandioca. (VILLA, 2011, p. 5-6)

O desígnio patrimonialista mantinha-se evidente no projeto, agora outorgado, de Constituição fomentado pela Corte. Dessa forma, trazia alguns dispositivos que tratavam da obrigação da nação em manter – pensa-se no quesito financeiro e social – seus príncipes. Também positivou na norma sobre a questão territorial, afirmando que os terrenos e palácios nacionais, no momento sob a posse do Imperador, ficaria para si e seus sucessores, sendo a nação responsável pelas aquisições e novas construções que viessem a ser convenientes para a Corte.

Restrito ao Poder Judiciário, D. Pedro afirmou na Constituição que gozariam de independência, todavia consolidaria seu controle sobre tal esfera positivando artigo onde tinha a liberdade de suspender os juízes de suas funções. Foi nessa Constituição que se tornou conhecida a criação do quarto poder, onde o Imperador avançou sob a teoria de Montesquieu e a “evoluiu”. Assim, existia o Poder Judiciário, o Poder Executivo e o Poder Legislativo, como demandava a teoria do francês, contudo, havia também o Poder Moderador, instituído apenas para o Imperador, pessoa inviolável e não sujeito a nenhuma responsabilidade e que tinha por finalidade controlar o bem estar da nação, podendo moderar sobre todos os demais poderes.

É nesse contexto constitucional que se constroem os dois reinados, o de D. Pedro I e, posteriormente, o de seu filho, D. Pedro II, com a emenda do período regencial, que dura da abdicação de D. Pedro I ao trono em 1831 até

1840, quando D. Pedro II, seu filho, tem idade para assumir a coroa. Há então, no tocante à esfera jurídica, um avanço com a criação de uma Constituição que afirmava alguns direitos a todos os cidadãos, ainda que meticulosamente analisados, o termo *todos* não se referia a todos mesmo, mas sim a uma parcela, livre e com uma renda mínima. Há também a consolidação, na nova nação, da prática patrimonialista, com grande confusão – deliberadamente provocada – entre o patrimônio do Estado e o patrimônio do Príncipe, o que era um reflexo de prática já costumaz desde a gênese portuguesa no séc. XII, e que se tornaria uma prática basilar até os dias de hoje, infelizmente.

Apesar dos pesares, o período imperial da nação brasileira trouxe alguns relevantes avanços na esfera jurídica. Marca-se a criação do primeiro Código Criminal, outorgado por D. Pedro I, em 1830 e também do primeiro Código Comercial, datado de 1850. É nesse período, ademais, que surgem as primeiras faculdades de direito no Brasil. Veja, até a independência nacional, a faculdade de direito alcançada pelos cidadãos brasileiros estava além-mar, na cidade de Coimbra, em Portugal. De lá, o ensino, que fortalecia a visão metropolitana de Portugal com relação à sua colônia brasileira, predominava a formação dos seus estudantes, que voltavam ao Brasil para assumir cargos técnicos na estrutura administrativa e judiciária com a visão fomentada pelo colonialismo que lhe era insistentemente ensinado em Portugal.

Com a independência, havia a necessidade de *abrasileirar* o ensino. Assim, em 1827, são criadas as primeiras faculdades de direito brasileiras, sendo elas a Faculdade de Direito de São Paulo, no Largo São Francisco, existindo até os dias atuais, tendo atualmente sua gestão sob a Universidade de São Paulo e a Faculdade de Direito de Olinda, que seria posteriormente, em meados do século XIX, transferida para Recife. A ideia nos bastidores da criação das duas faculdades era de formar burocratas dentro da nação brasileira, sem mais necessidade de enviá-los ao – agora – exterior. Assim, a partir da terceira década do séc. XIX surgem as primeiras levas de juristas formados dentro do Império, que seriam incorporados à atividade administrativa e judiciária, quando não à política brasileira. O ensino nessas duas faculdades ainda era fortemente influenciado pelas doutrinas portuguesas, posto que, no momento, o Império – recém-nascido – não gozava de uma produção

intelectual valiosa para doutrinar por si. Cabe considerar também que o próprio direito português era influenciado por visões do *Anciën Regime*, promovidas no apoio dado pela nação portuguesa à Inglaterra na guerra contra Napoleão e os ideais de *Liberté, Egalité e Fraternité*. Ainda constituindo um Império, os pilares do pensamento imperial se configuravam na origem do antigo regime, pautados em um regime praticamente absolutista. Não era absoluto porque, apesar da queda de Napoleão, as raízes das transformações francesas pós-Revolução se alastraram por todo o mundo e o pensamento iluminista, embora combatido com afinco pelas tropas inglesas e prussianas, de alguma forma passara por todas as barreiras e penetrara em todas as estruturas, por onde permaneceria até a contemporaneidade. Assim, ainda que basilar a formação de uma estrutura absolutista, com a exceção do Czarismo na Rússia, fadado ao sangue e à carnificina em 1917, nenhuma nação no mundo – com exceção também de algumas nações orientais, incólumes aos acontecimentos do ocidente – conseguiu se desvencilhar totalmente das ideias iluministas.

Silvio Romero, importante jurista brasileiro, formado na Faculdade de Recife, tendo vivido parte do Império e parte da posterior vida republicana, deixaria seu conceito de direito como uma afirmação do parágrafo anterior. Assim diria que o “Direito é toda aquela evolução social que tem consistido no arredamento da força bruta, que é substituída pela força da razão e da justiça”. (apud BITTAR, 2017, cap. 4)

Passados os dois reinados, abolida a escravidão já tardiamente em 1888, estruturada a sociedade em seus quatro poderes, com D. Pedro II já envelhecido, insatisfações com a Coroa atormentavam as elites nacionais, já dispostas a cem anos após o ocorrido na França, trazer a República à tona. As insatisfações se resumiam no trato da Coroa com as altas classes econômicas e militares, que se sentiam desprezadas pelo Império, deixadas de lado e impedidas de evoluir, conjuntamente a uma grande explosão do capitalismo em escala mundial. Assim, as elites agrárias, detentores da força econômica, os militares de alta patente e parte da classe política, insatisfeita com o Poder Moderador e já exaurida do Império, aliam-se para a Proclamação da República.

1.5. O BRASIL REPUBLICANO: A REPÚBLICA VELHA

É famosa a frase do filósofo alemão Karl Marx, teórico responsável pela profusão do pensamento comunista e socialista em todo o mundo, onde diz que “a história se repete, a primeira vez como tragédia, a segunda como farsa”⁹. Sua frase pode ser constatada no episódio brasileiro da proclamação republicana.

Veja, se um século antes, na França, deu-se início à Revolução Francesa, marcada, como vimos anteriormente, pelas execuções na guilhotina e pelo ranço ao pensamento absolutista que seria engolido pela nova visão, amparada na vertente iluminista, no Brasil, a ascensão da República não consolida uma ruptura de grades proporções com os padrões verificados na monarquia senão nas páginas dos jornais liberais e nos argumentos, puramente retóricos, dos defensores da nova forma de governo. Pode-se considerar a Proclamação da República como uma farsa, pois não passou de um golpe arquitetado por grupos de grande importância na política nacional, vide cafeicultores ansiosos por um regime mais liberal que proporcionassem o devido suporte ao desenvolvimento do seu capitalismo e militares ansiosos por maior protagonismo político, uma vez fadados aos cantos da história durante o período monárquico com a exceção de raros momentos, como, por exemplo, na fatigante Guerra do Paraguai.

Assim, de mãos dadas, por assim dizer, esses grupos, apoiados por funcionários de grande importância na máquina burocrática já instalada pela monarquia, com grandes perspectivas de alcançarem ainda maior prestígio – e retornos financeiros -, sustentados pelos ideais positivistas posteriormente eternizados na flâmula nacional de *ordem e progresso*, a República chega ao Brasil.

De início, é necessário se desvencilhar de todos os vínculos antes existentes com a monarquia, dessa feita, a família real é exilada para a Europa, o país muda seu nome para Estados Unidos do Brasil e, com grandes influências dos episódios estadunidenses, lança uma Constituição republicana em 1891.

⁹ MARX, Karl. **O 18 Brumário de Luis Bonaparte**. São Paulo: Martin Claret, 2008.

De início, o governo republicano foi dirigido por militares, posteriormente passando à grandes famílias cafeicultoras ou influenciadas por estas, o que geraria a famosa nomenclatura deste período da República Velha como “política do café com leite”. Tal política duraria até 1930, ano em que o Brasil enfrentaria sua primeira experiência autoritária dentro dos moldes republicanos.

Com a Constituição de 1891, avançou-se, juridicamente falando, sobre a antiga Constituição, aquela já citada que havia sido outorgada em 1824. Houve expressamente nesta Constituição a separação dos poderes da Igreja e do Estado, trazendo pela primeira vez na história nacional os laços da laicidade, assim, ficava o Estado responsável por querelas tais quais as certidões de nascimento, casamento e óbito. Na esfera da crença, foi permitida também a liberdade de culto, ainda que não muito fecunda, pois a tradição católica no Brasil minava qualquer tentativa de inserção de crenças difusas àquelas cristãs. Há também de se citar a consagração, por via constitucional, do *habeas corpus*, remédio jurídico que seria solidificado nas Constituições brasileiras, tendo importância aumentada no contexto político que viria a rondar a elaboração da Constituição de 1988. (Marchiori, 2017)

Com relação ao voto, instaurou-se um jogo de palavras onde acreditava-se no sufrágio universal, ainda que na interpretação literal não fosse da mesma forma. O voto seria agora livre para todos os homens acima de vinte e um anos, todavia, mulheres, analfabetos, mendigo, militares sem patente, os conhecidos *praças* e religiosos das ordens monásticas estavam impedidos de votar. Assim sendo, apesar de aparentemente universal, ainda era muito restrito o acesso às eleições, fazendo a Constituição não mais do que um jogo semântico em sua aparência liberal. Para além, fraudes eram costumazes nas eleições, posto que não era secreto o voto, muito menos existia uma organização protagonizada pelo Estado para dar cabo do processo eleitoral. (Marchiori, 2017).

A forma de Estado escolhida para a aurora dos novos tempos foi a Federalista, de forma que os estados tinham maior autonomia para decidir questões de seus interesses, sofrendo pouca influência da esfera federal em suas minúcias. Tal era o interesse dos grandes latifundiários que apoiaram o

golpe republicano, uma vez que tinham controle maior sobre suas regiões estaduais, podendo alavancar projetos que lhes beneficiassem.

A gênese de um novo período histórico sucedeu-se de forma com o interesse das elites políticas e sociais em criar novos símbolos e referências, como forma de eternizar a legitimação desse novo período. Assim, com o advento da república, feriados, personagens e símbolos foram do inferno ao céu e vice-versa, nos registros oficiais do Estado. Trabalho brilhante sobre tal assunto se encontra na obra *A Formação das Almas* (Cia das Letras, 1990), escrito pelo magistral historiador brasileiro José Murilo de Carvalho, no qual busca compreender e demonstrar os principais feitos do período republicano para *criar* a imagem deste novo Brasil.

No tocante à organização jurídica, há de se citar a separação dos poderes de forma mais objetiva, mormente pela extinção do Poder Moderador, assim, o Poder Executivo, o Legislativo e o Judiciário, a tríade do pensamento de Montesquieu, voltava à tona, cada um com suas atribuições. No universo judiciário houve a separação entre a justiça federal e a justiça estadual, com a criação do órgão máximo de representação jurídica: o Supremo Tribunal Federal. Seus ministros então, seriam os guardiões da Constituição.

Já em 1890, antes mesmo da publicação da nova Constituição, que só viria no ano seguinte, os Estados Unidos do Brasil lançavam seu Código Penal. Dotado de pouco mais de quatrocentos artigos, fazia uma releitura atualizada à nova realidade brasileira, retirando as penas contra os escravos, uma vez abolida a escravidão, as penas em crimes praticados contra a monarquia, também extinta e fomentando novos tipos penais que incluíam os crimes contra a nova forma de Estado e sobre a nova realidade político social existente na nação. Assim, a mendicância, a capoeira e a prática da cartomancia eram algumas das infrações puníveis com esse ordenamento, que também previa inimputabilidade para crianças de até 9 anos e, a critério do juiz, a punibilidade se constatado o *discernimento*, para aqueles entre 9 e 14 anos, sendo os maiores de 14 anos, imputáveis nas penas previstas nessa legislação.

É durante a república velha, já no começo do século XX que surge o primeiro Código Civil Brasileiro. Ainda em meados do século XIX havia sido incumbido ao proeminente Teixeira de Freitas - jurista notável, advindo do nordeste brasileiro e considerado um dos mais importantes juristas da América Latina, muito por ter sido responsável pelo esboço de Código Civil que posteriormente seria trabalhado por Vélez Sarsfield e se tornaria o Código Civil da nação argentina – em esboçar um Código Civil brasileiro, porém, seu projeto enfrentou duas grandes dificuldades: a primeira foi convencer a comissão responsável pela análise do projeto e a segunda foi seu problema de saúde que lhe causou a perda de toda a sua sanidade mental, o que ocasionou o fracasso do seu projeto. Passadas décadas, o advento da República urgia a consolidação de novas diretrizes do ordenamento jurídico, assim, se em 1891, dois anos após a proclamação da república, já saía a Constituição, foi só em 1899 que o projeto de Código Civil foi entregue para análise do governo. O projeto havia sido elaborado, a mando do Estado, por Clóvis Bevilácqua, outro proeminente jurista brasileiro, de notável saber jurídico e que debruçou sua carreira na compreensão do Código Civil. Uma vez entregue o esboço, dezesseis anos se passariam, com idas e vindas e muitas discussões, até a sanção do mesmo, que passaria a ter validade em 1917 e sobreviveria até a virada do século, tendo sido substituído apenas em 2002.

Nesse âmbito, o início da república se consolida na troca de poder entre representantes políticos influentes advindos de Minas Gerais e de São Paulo. Os interesses da cafeicultura são postos em primeiro lugar e a autonomia dos estados gerada pelo federalismo permite a rápida erupção econômica de alguns sobre outros, caso de São Paulo, por exemplo, que passa por uma evolução econômica que a transforma em centro econômico nacional. A falta de governabilidade nos outros rincões nacionais começa a gerar insatisfações na década de 1920, o contexto internacional aumenta a pressão sobre os governantes brasileiros, principalmente pelo final da primeira guerra mundial e pela crise econômica de 1929. Enfrentando forte decadência econômica e com a população insatisfeita, a linha sucessória da política *café com leite* encontra uma divergência, sendo certo que era a vez de um candidato mineiro assumir o Catete, mas, pela situação global, São Paulo contorna a situação mantendo o

governo federal em mãos paulistas. Toda a conjuntura gera uma crise que culmina no golpe de março, onde, no ano de 1930, o gaúcho Getúlio Vargas, apoiado pelos mineiros, que se sentiam traídos, e pelos rincões esquecidos pela política cafeicultora de São Paulo, toma a presidência para si. Dá-se início ao primeiro regime autoritário no Brasil republicano, em um regime que se esconderia na aura constitucional até 1937, quando deliberadamente assume suas tendências autoritárias e fascistas.

1.6. O DIREITO BRASILEIRO NA ERA VARGAS

Em outubro de 1930 o Brasil adentra em sua primeira ruptura com a democracia desde o advento da República, após o golpe dado por Getúlio Vargas. No poder, o gaúcho ficaria até 1945, depois voltaria democraticamente em 1950, permanecendo até 1954, ano de seu suicídio.

A Era Vargas permitiu uma guinada fascista na conjuntura governamental tanto por seu desenvolvimento interno ancorado no período do Estado Novo, de 1937 a 1945, quanto pela admiração que o líder tinha por outros regimes mais consolidados na Europa, como a Itália de Mussolini e a Alemanha de Hitler. Já em 1930, ao assumir o governo, extingue o Poder Legislativo, condensando a junção da esfera legislativa e executiva sob suas mãos, além de impor fortes restrições ao Poder Judiciário. Durante seu governo, suspendeu a validade, por assim dizer, da Constituição de 1891, condensando novamente na esfera da União diversos poderes, minando o interesse federalista que era expresso na Constituição.

Todavia, seu governo também ficou marcado pelo populismo exacerbado e por suas políticas de controle nacional, tendo sido o responsável pela criação da CLT, conglomerado jurídico da esfera trabalhista responsável por angariar apoio popular nas camadas mais baixas brasileiras para as manobras políticas de Getúlio, livremente inspirada na *Carta del lavoro*, o conjunto de leis trabalhistas outorgado por Mussolini anteriormente na Itália.

Também foi no governo do Estado Novo getulista em que se elaborou o Código Penal, no ano de 1940. Até os dias de hoje se mantém o mesmo como base da esfera penalista brasileira, ainda que diversas alterações tenham sido

feitas em seu corpo e na sua própria interpretação. Idem para o Código de Processo Penal, datado de 1941 e também assinado por Vargas.

O desenvolvimento do Brasil, mormente no tocante ao industrialismo, ficou latente em sua política dupla (Gambini, 1977) durante a segunda guerra mundial, onde, apesar da admiração pelos regimes totalitários que formação o Eixo, flertava também com os Estados Unidos em busca do parceiro que lhe fornecesse as melhores condições industriais para o desenvolvimento da nação, o que acabou por juntar o Brasil ao lado aliado da guerra, após sucessivos investimentos norteamericanos no solo brasileiro, que permitiram, não obstante, a criação de empresas nacionais relevantes como a Vale e a Petrobras.

Apesar do longo tempo no poder, quinze anos em sua primeira passagem no Catete e mais quatro anos, na segunda ocasião, seu governo enfrentou diversas dificuldades e turbulências nesses períodos.

Em 1932, insatisfeitos os paulistas com o tratamento dado por Getúlio ao estado, ansiosos por um retorno ao poder para, novamente, priorizarem seus interesses cafeicultores, começam a promover movimentações anti-getulistas. Em retaliação, Getúlio indica um interventor na província alheio ao desejo dos paulistas, que pressionam ainda mais nas movimentações contra o governo. Sob o pretexto de desejarem uma nova Constituição, para haver previsão do estabelecimento democrático após o golpe, o que poderia ser usado como manobra para a volta de São Paulo aos holofotes políticos, em uma das manifestações ocorre a morte de quatro estudantes defensores dos interesses paulistas: Martins, Miragaia, Dráuzio e Camargo. Foi o estopim para uma revolta armada que foi fortemente reprimida e em poucos meses esmagada pelas forças getulistas. Contudo, apesar da derrota nos campos de batalha do território paulista, o eco do desejo paulista pela nova Constituição ganhou força nos rincões da nação, pressionando Getúlio Vargas que acaba acatando e lançando em 1934 a nova Constituição.

Essa constituição, contudo, só foi elaborada após muita discussão e conflito. Contudo, foi a primeira constituinte nacional que contou com o voto feminino, tendo inclusive na sua elaboração a presença de duas mulheres.

Tal Constituição teria vida curta, sendo abolida em 1937 com a instauração do Estado Novo, a experiência fascista que acometeu o Brasil por quase uma década, com ampla retórica populista de um lado, ao passo que do outro uma forte repressão e censura ocorriam sem limitações.

Ainda assim, a Constituição que durou por volta de três anos tinha suas novidades. Diz Villa (Leya, 2011) que

No campo das liberdades democráticas, a Constituição restringiu os direitos fundamentais. A introdução do conceito de segurança nacional recebeu destaque especial. Era uma novidade, produto do autoritarismo da década de 1930. Foram reservados nove artigos à segurança nacional e apenas dois aos direitos e garantias individuais. Foi concedido o estado de guerra, que implicava a suspensão das garantias constitucionais. A obsessão pela segurança chegou a tal ponto que “nenhum brasileiro poderá exercer função pública, uma vez provado que não está quite com as obrigações estatuídas em lei para com a segurança nacional” (art. 163, § 2.º). (p. 29-30.)

Aponta também que

Foi garantido também o estado de sítio, que concedia ao Executivo amplos poderes e a suspensão das garantias individuais, além da imposição da censura: “Não será obstada a circulação dos livros, jornais ou de quaisquer publicações, desde que os seus autores, diretores ou editores os submetam à censura” (art. 174, § 5.º). A censura poderia ser adotada até mesmo em época de paz. No capítulo dos direitos e das garantias individuais, estranhamente, é incluída a censura: “A publicação de livros e periódicos independe de licença do poder público. Não será, porém, tolerada propaganda de guerra ou de processos violentos, para subverter a ordem política ou social” (art. 113, § 9.º). A Constituição, nesse ponto, não diferiu muito do que era adotado pelo Governo Provisório. Até foi mais “liberal”. Indagado por um constituinte, em dezembro de 1933, sobre os critérios da censura, o ministro da Justiça, Antunes Maciel, respondeu que deveriam ser censurados: “a – as críticas ao governo, em termos acrimoniosos; b – agressões e referências pejorativas aos seus membros; c – notícias que, de qualquer forma, possam prejudicar a ordem pública e estimular subversões; d – agressões pessoais a quem quer que seja; e – críticas aos governos estrangeiros e seus representantes; f – quaisquer informações que possam produzir alarme ou apreensões, mesmo no terreno financeiro e econômico; g – meros boatos, de tendenciosidade manifesta”. (p. 30)

Na seara econômica também houveram novas tendências, que seriam inclusive adotadas após a abolição da própria Constituição com a aurora do Estado Novo. Dentre elas, o historiador continua:

O nacionalismo foi a pedra de toque da Constituição. Pela primeira vez foi reservado um título exclusivo para a ordem econômica e social. É nítida a influência da Constituição mexicana de 1917, a primeira “a dispor especialmente de artigo completo sobre as relações entre empregados e empregadores”, mas “coube à Constituição de Weimar a criação, até então inédita, de um título inteiro sobre a vida econômica e social”.³³ Aos bancos ficou determinado que haveria a “nacionalização progressiva”, assim como das empresas de seguro. Por lei seria também regularizada a “nacionalização progressiva das minas, jazidas minerais e quedas-d’água

ou outras fontes de energia hidráulica, julgadas básicas ou essenciais à defesa econômica ou militar do país”. (p. 31)

E que:

Os sindicatos foram reconhecidos e o artigo 121 detalhou um verdadeiro programa de proteção ao trabalhador, indo do salário mínimo, passando pelo limite diário da jornada de trabalho e férias, à proibição do trabalho a menores de 14 anos de idade, entre outras medidas. A maior parte delas não teve nenhuma aplicação prática ou acabou sendo postergada. Entendeu-se que as medidas de proteção ao trabalhador estavam restritas ao mundo urbano, tanto que “o trabalho agrícola será objeto de regulamentação especial, em que se atenderá, quanto possível, ao disposto neste artigo. Procurar-se-á fixar o homem no campo, cuidar da sua educação rural, e assegurar ao trabalhador nacional a preferência na colonização e aproveitamento de terras públicas”. (p. 31)

Nesta Constituição também, pela primeira vez, citaram-se os índios, dos quais haveriam de ser protegidos e incorporados à comunhão nacional. Para isso, alguns critérios eram reservados, porém, foi um marco.

Destarte, a Constituição de 1934 era emblemática por uma dualidade: ao mesmo tempo que no plano nacional abarcava novidades interessantes para a sociedade, como a instituição do voto secreto e universal, permitindo o acesso das mulheres às urnas, a atenção aos trabalhadores e aos indígenas, por outro lado, assolapava diversos direitos e liberdades individuais, positivando na norma máxima a censura e o Poder sem precedentes do Poder Executivo.

Ainda assim, a volta de um Poder Legislativo e o retorno de alguma autonomia ao judiciário – que em 1931 teve o STF dissolvido por decreto presidencial – não agradavam as aspirações totalitárias de Getúlio Vargas. Absorto no apoio que encontrava nas Forças Armadas e na forte repressão policial comandada por Filinto Muller, ancorado em um apoio popular, em parte sincero pelos avanços sociais propostos por seus anos de comando, em parte silenciados por medo da repressão, Getúlio esboça seu golpe e, em 1937, abole a Constituição de 1934 e decreta o Estado Novo no Brasil.

Se a independência foi uma ruptura com Portugal, criando uma *nova* nação, a Proclamação da República uma ruptura com a monarquia, criando um *novo* Brasil, agora, em 1937, com o segundo golpe getulista, tinha-se mais um *novo* em construção. A história brasileira mostraria em capítulos posteriores o quanto gosta de quebrar com os regimes vigentes e instaurar novidades, ainda que poucas sejam as vezes em que algo realmente novo ocorre. Mesmo assim,

nos planos getulistas, um *novo* Brasil florescia, tecido por suas mãos hábeis e fortes. Um Brasil marcado pela forte tendência nacionalista, focado no progresso da indústria e aquém das liberdades.

Fechado o Congresso Nacional, ainda em 1937, Getúlio Vargas outorga sua nova constituição. Sobre ela, escreve Marco Antonio Villa (Leya, 2011)

Diferentemente da tradição constitucional ocidental, o texto começa com um longo preâmbulo de cinco parágrafos. É como uma declaração de direitos às avessas, um grande salto para trás na defesa das liberdades e da democracia. Logo no primeiro parágrafo justifica a nova Carta. Diz que o presidente da República estava “atendendo às legítimas aspirações do povo brasileiro à paz política e social”. Bem de acordo com o clima da época, fala de “infiltração comunista”, que exigia “remédios de caráter radical e permanente”. Sem nenhum rubor, Francisco Campos, o constituinte solitário, escreveu que, no passado, “não dispunha o Estado de meios normais de preservação e de defesa da paz, da segurança e do bem estar do povo”. Isso explicaria a necessidade de uma nova Constituição “com o apoio das Forças Armadas e cedendo às inspirações da opinião nacional”. O mais fantástico é que o Executivo detinha amplos poderes delegados pela Constituição de 1934, além das emendas que apagaram os direitos e garantias individuais. (p. 43-44)

O caráter da nova magna carta nacional era extremamente autoritário, contendo liberdades para que o governo central, da União, condensado nas mãos de Getúlio Vargas, tivesse amplos poderes. Nessa esfera, escreve Villa:

não havia nenhuma forma de eleição. Foi criado um novo Poder Legislativo, formado pelo Parlamento (Câmara dos Deputados e Conselho Federal – uma espécie de Senado), pelo Conselho de Economia Nacional e pelo presidente da República. É, não é nenhum erro de leitura. Está correto: o Legislativo tinha a participação do presidente, ou seja, do Executivo. O Parlamento nunca chegou a se reunir, nem sequer houve uma eleição, mesmo assim recebeu 17 artigos tratando da sua organização. Já o Conselho serviu para, quando chamado, discutir alguma proposta do presidente da República (p. 44)

É nessa miscelânea política que se instaura o regime totalitário brasileiro, que, por paradoxo da história – e por questões econômicas que explicamos anteriormente – se juntaria aos países aliados no combate aos governos totalitários, justamente aqueles nas quais se inspirava. Seria esse governo repressivo e populista que enfrentaria a maior atrocidade do século XX, a segunda guerra mundial. O fim da guerra, de alívio e esperança para os países aliados, com a derrocada do totalitarismo, deixaria sequelas por todo o globo terrestre. No Brasil não seria diferente, posto que o fim do totalitarismo e a ânsia por uma nova união entre as nações com vista na proteção dos direitos humanos, mormente pelas descobertas das experiências nazistas, não dariam

espaço para a continuidade de regimes repressivos – com exceção para as nações de orientação comunista, que manteriam esse caminho.

O fim da segunda guerra mundial traz, então, o fim do Estado Novo. Vargas é obrigado a abrir mão do governo e uma nova Constituição surge. A democracia toma forma no Brasil, mas Vargas voltaria cinco anos depois, dessa vez eleito democraticamente. Nos braços do povo, governaria sob forte pressão política e militar, lidando com muitos rancores ancorados em seu período ditatorial. Alçado numa crise sem precedentes, encurralado por seus inimigos políticos, praticaria suicídio em agosto de 1954, antes de terminar seu mandato. Como em sua carta, saiu da vida e entrou para a história, ainda que a mesma ainda não tenha uma unanimidade sobre o alcance e a moralidade de suas ações. Para alguns, foi vilão, para outros, um herói nacional. O que não se apaga é que sua importância foi tamanha para a história nacional que seu nome se vincula à uma era.

1.7. DA “NOVA” NOVA REPÚBLICA AO REGIME MILITAR

Em 1946, mais uma Constituição era elaborada no Brasil. Dessa vez, teria influências claras do contexto internacional, posto que o final da segunda guerra mundial deixara sequelas por todo o planeta. Assim,

Com 218 artigos, foi, até então, a Constituição republicana mais extensa – e democrática. Manteve a denominação Estados Unidos do Brasil, tal qual as três Constituições anteriores. Dedicou atenção especial ao Legislativo. O Congresso foi dividido em duas casas. O ano legislativo foi ampliado para nove meses. A Câmara dos Deputados teve nova representação proporcional. Foi estabelecido o número mínimo de deputados para um estado, sete, o que traria sérias consequências para o futuro da representação popular (art. 58). Se a Constituição de 1934 tinha determinado que cada estado teria direito a dois senadores, a de 1946 aumentou para três. E mais: criou o suplente de senador. O vice-presidente da República, cargo que também foi recriado e que era inexistente na Constituição de 1934, exerceria a função de presidente do Senado Federal, onde tinha voto de qualidade (VILLA, 2011, p. 55)

No âmbito jurídico, a Constituição previu o rito de sabatina para os ministros do Supremo Tribunal Federal, medida que permanece até os dias de hoje.

O Supremo Tribunal Federal manteve a denominação – em 1934 tinha sido alterada para Suprema Corte. O número de ministros permaneceu em 11, mas com a possibilidade de ser elevado (art. 98), sem citar número total. A redação sobre a nomeação dos ministros melhorou: “serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado

Federal” (art. 99). A Constituição de 1934 não deixava claro se os ministros poderiam assumir suas funções para somente depois serem aprovados pelo Senado (como ocorreu durante a vigência da Constituição de 1891). (p. 56)

Foi a primeira legislação também a prever os crimes de responsabilidade por parte do chefe do executivo, sendo então possível, a partir dos critérios definidos em lei, propor pedido de *impeachment* a um presidente da República.

Esse período pós-getulista e posterior à segunda guerra mundial objetivava se desvencilhar das ligações com a ditadura vivida há poucos tempos e também condenar regimes não democráticos, consolidando a democracia como a forma de governo brasileira.

O patrimonialismo, tão latente na visão de Faoro, já citado aqui inúmeras vezes, por sua vez, continuou firme e forte, dessa vez ancorado nos funcionários públicos e políticos do alto escalão, que continuavam a *confundir* o patrimônio do Estado com seu patrimônio pessoal. O verbo confundir é utilizado de maneira irônica, pois, o uso do patrimônio do Estado para fins particulares não se fazia por falta de conhecimento, mas sim por má-fé de seus utilizadores, além de uma crença de que, alçados aos altos véus do funcionalismo burocrático estatal e da política, teriam o *direito* a usufruir de tais benesses.

Nesse período de aparências, onde havia no papel um Estado democrático forte, mas na realidade era ainda um Estado tomado por elites agrárias e burocráticas altamente patrimonialistas, dando continuidade ao processo industrial de Vargas e com uma maior amálgama de servidores, mormente pela criação de novos ministérios e pelo retorno do Congresso Nacional, pouca coisa efetivamente mudou. Destaca-se o suicídio de Vargas em 1954, atacado por todos os seus opositores depois de alçado ao poder por eleições, cercado pelos militares e sem o poder discricionário que tinha em mãos na sua última passagem pelo Catete. Também há de se citar o governo de Juscelino Kubitschek, por onde se construiu, através de um plano fortemente industrial e progressista, a cidade de Brasília, que então passou a ser a sede do governo Federal. Obra do famoso arquiteto Oscar Niemeyer, foi na cidade criada no coração do Brasil que a política se transferiu, agora nas

curvas acentuadas dos projetos do Congresso Nacional, do Palácio do Planalto e do Supremo Tribunal Federal.

É já em Brasília que o presidente João Goulart, que era vice de Jânio Quadros, o presidente que renunciou, apresentou propostas de reformas de base e agrária. As medidas não agradaram em nada os militares, que, subsidiados e com apoio militar dos Estados Unidos (FICO, Civilização Brasileira, 2008), arquitetam um golpe de Estado. O argumento era da ameaça comunista iminente, argumento que se mostra num epicentro criado pela guerra fria, onde a luta por influência dos territórios entre as nações capitalistas lideradas pelos EUA e as nações comunistas, lideradas pela URSS movimentou todo o planeta terra e gerou uma dicotomia no mundo.

Assim, com forte propaganda contra o comunismo, sob o pilar de um real apoio popular, os militares saem às ruas e em 31 de março de 1964, tomam o poder. João Goulart seria exilado e até pouco tempo atrás os sussurros de que teria sido assassinado no exílio pelos militares seria difundido, apesar de nunca comprovados¹⁰.

Alçados ao poder, os militares comandariam o Brasil por duas décadas, num período que até os dias contemporâneos gera discussões acaloradas.

1.8. O REGIME CIVIL-MILITAR

A própria terminologia a respeito do regime civil-militar ainda gera uma cisma entre os historiadores. Muitos defendem que o termo correto é *ditadura*, embora, tenha relativamente se pacificado nos últimos anos, mormente pela grande gama de estudos promovidos em 2014 para a memória dos 50 anos do acontecimento, de que o termo *regime civil-militar* seja mais acertado.

Tal terminologia se baseia na distinção da conceituação de ditadura, que seria mais acertada em regimes dominados por apenas um líder, ou uma corrente, que mantivesse uma linha de governo durante toda sua passagem,

¹⁰ ALVARENGA, Flavia. Laudo da exumação de Jango não consegue esclarecer causa da morte. Portal G1, 01/12/2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-hoje/noticia/2014/12/laudo-da-exumacao-de-jango-nao-consegue-esclarecer-causa-da-morte.html#:~:text=Foi%20divulgado%2C%20hoje%2C%20em%20Bras%C3%ADlia,a%20morte%20do%20ex%2Dpresidente.&text=A%20causa%20oficial%20da%20morte%20foi%20infarto.>> Acesso em fev. 2020

sem grandes mudanças. Pode se enquadrar em ditadura, por exemplo, o governo varguista da primeira passagem, com supressão das liberdades de expressão, civil e políticas.

Já o *regime* se encaixa melhor pois diz respeito a um modo de governo amparado por certas linhas gerais, mas que abarca certas mudanças em seu andamento. Como se verá em breve, o *regime civil-militar*, em seus vinte e um anos no poder, abarcou diversas linhas diferentes de visão sobre a regência do Brasil, ainda que tenha passado de mão apenas pelos militares e que também tenha havido, de forma clara, supressão das liberdades de expressão, civil e políticas.

Além disso, a etimologia presente no *civil-militar* destaca a junção de forças que governou o Brasil nessas duas décadas. Isso se dá, pois, no âmbito historiográfico encontrou-se uma falha na terminologia que levava à crença de que apenas militares tenham sido responsáveis pelas ações ocorridas nesse lapso temporal, o que é um equívoco. Ainda que a mão do poder se ancorava na linha castrense, importância elevada teve a esfera civil nos rumos dessa época. Assim, destinar apenas aos militares o fardo desse tempo, é um equívoco que tem sido corrigido pelos recentes estudos historiográficos, cabendo aos historiadores e demais interessados no assunto em propagar a terminologia coerente com o pensamento, alçando assim o nome correto de *regime civil-militar*.

Explicada a razão do uso dessa terminologia, cabe observar como o regime civil-militar influenciou no direito brasileiro e como se consolidou como linha de governo nessas duas décadas.

Logo após o golpe, comemorado como uma revolução pelos vencedores, que acreditavam ter vencido uma grande ameaça comunista e salvado o Brasil de se tornar uma *Cuba* de grandes proporções territoriais, os militares definiram que o Brasil seria – mais uma vez – repaginado, dessa vez consolidado nos símbolos nacionais, numa indústria brasileira forte e, por mais paradoxo que isso seja, com amplo apoio financeiro, político e cultural dos Estados Unidos.

A bandeira nacional, o hino, a ordem e o progresso seriam, de novo, os alicerces de mais um projeto de Brasil. Os projetos incluíam o fim da corrupção com a cassação de diversos direitos políticos e a supressão do poder legislativo e de boa parte do poder judiciário. Veja bem, os projetos. Observa-se que, na realidade, as ações não culminaram com nada além de uma forte opressão à políticos opositoristas, forte coação sobre o poder judiciário e a ocultação e o sigilo de documentos e investigações sobre o persistente patrimonialismo e a cultura de corrupção na época, não sendo possível determinar o tamanho do dano ao erário público no período.

O regime civil-militar passou por várias fases. A primeira, orientada pelo General Castelo Branco, teve por objetivo a reorganização interna do país, ainda tendo como base a Constituição de 1946, que só seria trocada em 1967. Assim, defendiam retoricamente os militares que estavam no poder de maneira provisória, apenas até extirpar a ameaça comunista e assim, preparar o terreno para o retorno da democracia. Evidente que não foi bem assim que ocorreu.

Com o poder nas mãos, os militares deram continuidade aos planos industriais que acometiam ao governo Vargas. Assim, fomentou-se no Brasil um período de crescimento econômico nunca dantes visto, embora os reflexos da crise gerada por esses incentivos econômicos tenham vindo com muita força entre o final dos anos 1980 e o início da década de 1990, até a estabilização que veio com o Plano Real.

Se aparentemente no campo econômico as coisas iam bem, no campo político e social, nem tanto. A repressão e a censura foram marcas do período do regime, tendo sido comum a prática de tortura, assassinato e exílio daqueles que confrontavam o regime – alguns, inclusive, presos pela prática de subterfúgios de guerrilha tão atroz quanto os atos do Estado. Todos saíam sorrindo e impunes anos depois, com a lei da Anistia, que será observada também no terceiro capítulo desta obra.

A opressão e a censura, todavia, permitiram uma efervescência cultural muito forte, sendo dessa época o florescimento de uma nova área musical, conhecida por MPB, pelo *tropicalismo* e por músicas com letras de duplo entendimento, muitas vezes fazendo fortes críticas ao governo.

Na área jurídica, que mais nos interessa, é no período do regime civil-militar que se cria o Código de Processo Civil, que seria substituído apenas em 2015. Também é no período que se lançam os atos institucionais, dos quais restou famoso o de n. 5, que deixou ainda mais rígido o controle do Estado nas mãos dos militares, lhes conferindo poder praticamente ilimitado, encrudescendo as práticas vis contra os opositores do sistema, impondo maior número de censura, tortura e caça aos *subversivos*, muitas vezes desprovidas de provas, mas apenas de acusações e também de intrigas pessoais. É nesse período que morre enforcado o jornalista Vladimir Herzog, nos porões de uma instituição do Estado. Na foto icônica, com suas mãos amarradas, encontra-se sem vida, enforcado. A justificativa, à época, foi de suicídio...

As ilusões econômicas, as perseguições políticas, a falta de oposição e a censura acometeram a sociedade, que, lentamente, tomou nota das condições em que se encontrava, e encontrou nos protestos de grande movimentação reivindicar o retorno da democracia e eleições diretas.

Os próprios militares, já saturados por seus próprios conflitos, agora passavam a cogitar uma transição lenta e gradual (Napolitano, 2014), pois a própria corrente no poder já não era tão autoritária quanto aquela do final dos anos 1960 e início dos anos 1970. Assim, essa linha *branda*, como ficou conhecida, começou a tecer acordos políticos com uma oposição controlada, marcada na dualidade política entre o partido do governo, a ARENA e essa limitada oposição, o MDB, de forma a promover o retorno democrático. O retorno ocorreria sob a tutela dos militares, é claro, que somente sentiriam a segurança de abrir mão das décadas em que ficaram no poder, se o sucessor fosse alguém de confiança.

Assim, aos poucos se alicerçaram os pilares do retorno democrático, o STF voltou, após ter sido dissolvido durante parte do regime, o congresso foi reaberto nessa dualidade limitada pelos interesses do governo. Algumas demandas populacionais foram atendidas, embora as eleições diretas ainda não fossem possíveis. Era exigir demais dos castrenses.

É nesse contexto que, indiretamente, chega ao poder Tancredo Neves, em 1985. Não assumiria o poder, entretanto, pois na comédia tragicômica que

se escrevem os relatos brasileiros, o escolhido faleceu antes da posse. Assumiu seu vice, José Sarney, aliado dos militares.

Eleições foram convocadas e a assembleia constituinte foi estabelecida. Sem mais *ditadura*, o Brasil retornaria aos trilhos democráticos, a nova Constituição deveria ser forte, prevalecer firmemente os princípios democráticos e humanos que ansiavam os cidadãos.

Doravante, adentramos na reta final deste capítulo, com a aurora dos tempos contemporâneos.

1.9. A CONSTITUIÇÃO CIDADÃ: DEMOCRACIA, DIREITOS HUMANOS E O BRASIL CONTEMPORÂNEO

O raiar de 1988 trouxe um sol distinto a todos os brasileiros. Debruçados sobre um contexto até então novo para o hemisfério sul americano, a Constituição de 1988 foi um marco na história brasileira.

Em suma, como pudemos ver, toda a trajetória brasileira até então nunca havia sido coroada por uma democracia muito sólida, muito menos por uma tradição de respeito aos princípios básicos de direitos humanos. Os tempos, então, ainda que tardiamente, se comparado com outras nações mais desenvolvidas, estavam mudando.

Para o enquadro da situação que caracterizou a formulação da CF/88, é preciso remontar a situação externa do Brasil. Em escala mundial, nos anos 1980, houve o fim da guerra fria, tendo por grande marco a queda do Muro de Berlim. A partir disso, contemplou-se uma vitória do bloco capitalista – liderado pelos EUA – no confronto silencioso, o que permitiu a expansão até então sem precedentes do capitalismo em nações até então dominadas por regimes comunistas.

Dessa feita, não cabia ao capitalismo emergente a ratificação de regimes autoritários, posto que, ainda que paradoxo ao apoio dado para a implantação de diversos regimes autoritários – como no Brasil e no Chile, por exemplo -, o argumento do bloco capitalista, mormente dos EUA, era de luta pela liberdade, contra a opressão causada em nações de orientação comunista. Esse imaginário muito se criava pelos relatos obtidos da ditadura

cubana, liderada por Fidel Castro e também dos casos históricos da União Soviética, principalmente no temeroso período stalinista.

No bojo dessas transformações sociais, com a superação da guerra fria e a queda dos regimes comunistas – não totalmente, alguns ainda resistem, mas são sempre forçados a abrir mão de alguns fatores pela própria pressão do mercado capitalista -, não era mais plausível para o bloco vencedor o apoio à regimes de cunho autoritário. Assim, ao mesmo tempo em que no Brasil se eclodiam manifestações pela volta da democracia, o apoio outrora obtido pelos ianques, se dissolvia, deixando em trilha solitária os militares no poder.

Os emergentes relatos sobre as atrocidades praticadas por alguns agentes do Estado durante o regime civil-militar, como maneira de oprimir e suprimir as manifestações contrárias ao governo, também foi preponderante para uma ânsia, por parte da população, por uma nova legislação que abarcasse liberdades que eram substancialmente suprimidas durante o regime-civil militar.

Na verdade, esses direitos e liberdades eram suprimidos desde sempre, o que ocorreu foi uma junção de todas as feridas históricas presentes no caminho do Brasil, que tiveram por estopim mais de vinte anos de repressão, tortura e autoritarismo. Era o limite.

Assim, quando a assembleia constituinte começou a se reunir para preparar o projeto que culminou na CF/88, o sentimento comum entre os presentes, ainda que de posições políticas muito equidistantes, era um só: a Constituição deveria ser uma sólida peça jurídica, social e política, com força suficiente para bloquear qualquer tentativa de desmantelamento dos direitos e liberdades que, desde o descobrimento, praticamente, lhe eram suprimidos.

Para dar um suporte nesse projeto, a própria organização do planeta após a segunda guerra mundial mostrava a ascensão dos direitos humanos em escala mundial. Dessa forma, a criação da Organização das Nações Unidas (ONU), em 1948, colaborou para unir as nações do mundo contra regimes que atuassem contra os direitos humanos. Claro que a atuação da ONU sempre deixou a desejar, seu poder de persuasão até os dias recentes não tem tanta força política quanto pretende, mas, ainda assim, seus postulados foram

determinantes para uma nova visão construída após a segunda guerra mundial, chocada pelos campos de concentração dos nazistas e pelas *gulags* da União Soviética de que nos novos tempos, de paz, os direitos humanos deveriam vir em primeiro lugar.

Parece demagógico falar da atuação da ONU nesse momento, posto que diversas atrocidades ocorreram mesmo após a sua criação e atuação para coibir algumas dessas atrocidades, todavia, ressalta-se novamente o caráter inovador de seus postulados, que impuseram em boa parte do mundo uma visão nova de respeito aos direitos ditos essenciais.

Esses postulados e todo o contexto absorvido pelo momento brasileiro foram deveras influentes na própria composição da magna carta. Ademais, sua formulação levou em conta os postulados da ONU sobre respeito aos direitos humanos, também levou em conta a fragilidade democrática vivida pelo país até então, uma vez que a democracia aparecia como a grande fórmula para o melhor interesse de todos segundo os pensadores da época.

O resultado foi uma Constituição inovadora tendo por parâmetro as diversas outras constituições que no Brasil vigoraram. Era – mais uma vez – um projeto novo de Estado, mas dessa vez, apesar do poder originário conferido para dar início à uma nova nação, foi mais como um recomeço, como uma fênix que das cinzas renasceu. A nova fênix brasileira, levando em consideração todo o seu passado obscuro e golpista, levando em consideração toda sua estrutura patrimonialista e elitista, com o ranço forte com o autoritarismo, mas também sendo justa e consolidando o que de bom sobreviveu desde tempos imemoriais até o presente, recontou a nação brasileira em pouco mais de trezentos artigos.

Na nova Constituição, no projeto que deveria de uma vez por todas cravar o interesse público acima do privado, enaltecer o respeito à dignidade humana e a proteção de todos os cidadãos, agora dotados de igualdade no sentido estrito da palavra, havia a necessidade de se auto proteger de ameaças contra si. Portanto, a nova Constituição criou os procedimentos internos para sua própria alteração, dificultando muito que grandes alterações lhe fossem feitas, além disso, petrificando em artigo próprio, cláusulas que

seriam fixas no tempo, e que se mostraram potentes, pois persistem até os dias atuais, mais de trinta anos depois.

No campo democrático, a mudança foi brusca. Eleições com sufrágio universal, sem distinção de cor, raça, credo ou situação financeira, dando apenas a opção de voto para menores de 18 e maiores de 16 e também para os maiores de 65 anos, impossibilitando apenas os analfabetos de votar.

O analfabetismo, contudo, já não era o mesmo de outrora, com planos de contingência nacional para dar cabo da grande evasão escolar, promovendo medidas cabíveis para diminuir, em alguns anos, a alta taxa do analfabetismo. Ao mesmo tempo, linhas gerais sobre o acesso à educação, à saúde e ao pleno desenvolvimento da pessoa humana se converteram em artigos, em dispositivos legais dotados de grande força.

É sabido que a nação não passou a ser perfeita de uma hora para a outra, apenas com a promulgação da nova Constituição, em 1988. É evidente, porém, que os avanços permitidos pela nova *magna carta* são formidáveis. Pode-se observar empiricamente que o avanço do Brasil enquanto nação pautada em pilares democráticos e de respeito às liberdades e à dignidade humana, embora não seja incrível, tem ocorrido e melhorado. Pela primeira vez na história, a nação passou por três décadas – com muitas turbulências – mas sem abrir mão da democracia ou de fraudes graves na esfera eleitoral.

A autonomia dos três poderes, pela primeira vez na história nacional, foi devidamente pontuada, distinguida e delimitada. Assim, há uma clara visão do que trata o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, com suas próprias teias de conexão entre si e suas próprias divergências.

Foi a primeira legislação brasileira que se preocupou, mesmo que semanticamente, em tratar da desigualdade social, omissão frequente nas antigas legislações. Por isso, obrigou-se o governo a pautar projetos no âmbito social com finalidade de melhorar a terrível situação da desigualdade nacional.

Por fim, apesar da distinta trajetória ocorrida dentro da nação brasileira, iniciada com a chegada dos portugueses em suas naus no distante século XVI, apesar da jornada jurídica alcançada pelo Brasil, inicialmente influenciada

pelas ordenações portuguesas e pelos princípios da Igreja Católica, posteriormente convertidos em interesses nacionais com a independência e o advento do Império, que depois dariam lugar a uma República das elites, que se manteria sob fraudes e manipulações por pouco tempo, dando início a uma fase com dois regimes autoritários em menos de vinte anos, percebe-se o avanço da nação com relação aos interesses públicos nos últimos trinta anos.

Para além, percebe-se também como o acesso à justiça, e aqui não nos referimos ao Poder Judiciário, mas sim ao sentido claro da palavra, ao justo, ao correto, ao verdadeiro, se encontra mais solidificada nessas últimas décadas. A história nacional nunca foi pautada em quesitos como liberdade, direitos para todos ou combate à desigualdade, mas sempre mascarou interesses de alguns setores da sociedade, denominados nas gerações como elites, que tentavam desenvolver seus patrimônios em detrimento do patrimônio estatal e usavam da máquina pública para benefício próprio. Dessa forma, se construiu a história brasileira na aparência de uma legislação consistente, mas que na prática apenas beneficiava uma parcela da sociedade.

Doravante, embora a Constituição de 1988 não seja perfeita, e nem tenha combatido toda a desigualdade de uma hora para a outra, nem também dado cabo dessa elite patrimonialista e egoísta que continua se mascarando sob a face de uma política pura, mas adentrando na esfera pública apenas para defender seus próprios interesses, nota-se um avanço. O acesso à política, antes exclusivo dessas parcelas da população, agora se expande a qualquer um interessado, ainda que os meios meritocráticos não sejam os mais eficientes, já dão um tom diferente na própria construção política e social brasileira após a sua promulgação, em 5 de outubro daquele ano.

Historiadores costumam defender que não há evolução histórica e que não se deve olhar o passado de forma cronológica, embora o atrativo de agir dessa maneira sempre seja grande e isso acabe acontecendo na maioria das interpretações históricas que se fazem. É, todavia, empírico no tocante à história nacional, mormente na elaboração jurídica e na sua formação política e social, uma certa evolução no que diz respeito aos próprios direitos. A República Federativa do Brasil, nascida em 1988 após um longo e já explicado processo, pode não ser a melhor legislação em vigor, mas, comparando-se

com as demais vigentes da nação, destoa por muito como a mais justa, a mais equânime e a mais propensa a contribuir para um desenvolvimento nacional que beneficie o Brasil.

E é nesse Brasil pós-1988 que, até o momento, encerrou-se a trajetória autoritária e oligárquica presente em todo o percurso, desde 1500 até sua elaboração. Embora os resquícios do patrimonialismo e da mesquinhez encontrem-se presentes e ainda fortes, não são mais preponderantes, nem mesmo únicos, pois há um efetivo interesse coletivo em proporcionar uma interpretação e aplicação das normas na geração de uma nação que, ainda que deficiente, se ambiciona mais justa.

2. AS JUSTIÇAS DESSE MUNDO

2.1. A GÊNESE JUSTICEIRA

Uma das maiores questões propostas pela humanidade se relaciona com a finalidade do ser humano no planeta Terra. Em um universo tão complexo e praticamente infinito, qual seria o objetivo de alguns seres humanos em um pequeno planeta nos confins da via láctea?

A história demonstra que aí se encontra uma das aspirações do ser humano durante toda sua jornada: compreender sua própria essência. É nessa seara que se abarca a reflexão sobre a justiça.

O que seria, de fato, essa grandiosa ação de proporcionar algo justo? Seria um direito de todos ou apenas de alguns? Seria uma criação humana ou algo entregue pelas divindades? A justiça teria uma fórmula ou algum fundamento em comum?

Tais questões envolvem desde os grandes pensadores até pessoas comuns desde sempre, na ânsia de compreender um pouco mais sobre a concepção do ser humano.

Assim, observando o desenvolvimento histórico das civilizações, é possível traçar uma gama de significados diferentes que se ofertaram ao conceito de *justiça*. Dessa feita, desde os povos antigos, numa quase mítica Babilônia, compreendiam o que era justiça de uma forma que passou por inúmeras transformações. As muitas civilizações e povos moldaram seus entendimentos, até chegar nos modelos ainda hoje persistentes, como os casos de justiça baseada em interpretações religiosas.

Neste capítulo, portanto, embarcaremos em outra jornada histórica, dessa vez além de Portugal e do Brasil, uma caminhada que remonta ao início das sociedades, nos primeiros relatos deixados por povos muito antigos, com o foco em obter informações sobre o tratamento e o conceito que se deram à justiça desde esses tempos imemoriais.

Para tanto, é necessário se debruçar não somente sobre os pormenores da sociedade, mas também ceder espaço para compreensões metafísicas,

pautadas nas civilizações que compreendiam sua justiça como oriunda dos céus, dos deuses. Então, com o desenvolvimento de teorias seculares, mormente no ocidente pós-iluminista, onde passa a se fazer uma clara distinção entre as justiças religiosas e as justiças seculares, com maior prioridade para as últimas, a partir do momento em que o Estado passa a ter um protagonismo nas relações sociais.

Doravante, cativante se faz a compreensão das *justiças* através da história, é possível compreender a influência de cada conceituação e as divergências de entendimento por posteriores analistas das mesmas. Dessa feita, os pensadores foram moldando novos modos de se entender aquilo que consideravam ser justo, ser correto. Aliou-se, muito, a justiça e a moral, no intuito de oferecer o correto, como se a moral fosse necessária para a aplicação da *justiça*. Tempos depois separou-se cada qual a seu canto, a moral nos seus redutos subjetivos e a justiça em rincões mais objetivos, pela própria essência palpável em que se configurou-a.

A gênese dos conceitos de *justiça* pode se encontrar nos povos sumérios, milhares de anos antes de Cristo, com suas organizações políticas prezando por algumas facetas que permitissem uma vida em sociedade estabelecida, com separações de funções, hierarquias e evitando, assim, maiores conflitos. Todavia, cabem antes algumas reflexões sobre a essência da justiça pautada na religião, uma vez que praticamente toda civilização tinha fortes crenças em divindades que, nas suas histórias sagradas, davam início ao mundo.

Dito isso, tomado por base a célebre frase de Jesus nas portas do templo, “Daí a César o que é de César, daí a Deus o que é de Deus”¹¹ – por si só uma concepção de justiça que será analisada posteriormente – separemos entre as justiças divinas e as seculares.

2.2. JUSTIÇA DIVINA

Inúmeras religiões e tradições em divindades se estabeleceram durante a história. Algumas foram ao ostracismo com a ruína de impérios distantes,

¹¹ Matheus 22:21

outras sobrevivem à margem da sociedade, enquanto uma ou outra sobreviveu com sólida força até os dias atuais.

É conexo ao surgimento da sociedade a crença em divindades. As sociedades antigas atribuíam aos seus deuses os fenômenos que não podiam explicar empiricamente, dessa forma, ofertavam sacrifícios e seguiam dogmas que lhes configuravam, em suas cosmogonias, o favorecimento e o respeito das divindades.

O pensamento *niilista*¹², por sua vez, costumou pregar que a crença em divindades nada mais era do que um ópio às populações, tal qual na conhecida frase de Marx¹³, servindo para mitigar o sofrimento atribuído ao ser humano, através das crenças em um futuro melhor, nem que fosse post-mortem.

A ascensão do cristianismo como religião oficial do Império Romano, alguns séculos após sua crucificação, permitiu uma nova onda de crença religiosa, dessa vez pautada em valores totalmente difusos daqueles que eram pregados por outras religiões. A bravura, a força bruta, a eloquência, cediam lugar aos oprimidos, aos sofredores, aos que abriam mão de tudo. Tal qual era a visão cristã das coisas, que orientava rumo à pobreza de corpo e à riqueza de espírito, pautados na vida de Jesus.

Contudo, apesar do cristianismo ter sido a mais forte influência religiosa na conceituação de justiça em toda a história, como se verá em breve, devemos nos remeter a tempos ainda anteriores ao Velho Testamento para englobar outras religiões e crenças que foram determinantes para seus povos.

Os sumérios, desse modo, se convertem nos primeiros povos a viver em sociedade cujos relatos, orais ou, posteriormente, escritos, alcançaram a contemporaneidade. Em sua cosmogonia, politeísta, haviam deuses que controlavam os quatro elementos: terra, fogo, ar e água. Além destes, que consideravam como seres semelhantes aos humanos, porém invisíveis aos

¹² O *niilismo*, em termos gerais, se configura numa linha de pensamento que compreende o mundo como uma vivência caótica e sem sentido, assim, a força da vida se concatena na força da natureza e no acaso da existência humana. Mais a frente, quando tratamos de Nietzsche, discutimos um pouco mais a respeito desse conceito.

¹³ A frase em questão é apontada por Marx ao dizer que “A religião é o ópio do povo”. Tal célebre afirmação marxiana se encontra na obra “Crítica da Filosofia do Direito de Hegel”, publicada originalmente em 1844.

olhos mortais, viam o Sol, a Lua e o Céu como entidades divinas. No tocante à organização política e, conseqüentemente, à aplicação de justiça, acreditavam que os deuses influenciavam o dia-a-dia, de forma que ofereciam regularmente sacrifícios às divindades, em troca de bons tempos para as atividades desenvolvidas, tais quais a caça e a agricultura, ainda que arcaica. Os líderes das comunidades eram pessoas que, na crença, eram escolhidas pelas divindades, logo, tinham um especial contato com as entidades divinas, o que lhes atribuía o dever de guiar o povo à vitória nos conflitos com outros povos, a boas colheitas e a poucos conflitos internos. A forma de organização desses povos se baseava no conceito de *Me*, que era o conjunto de leis sagradas ditadas pelos próprios deuses que definia como deveria se pautar a civilização. Assim, seguir ao *Me* proporcionava a justiça desse povo. Ir contra o *Me*, era impensável e atrairia a ira divina, que poderia lançar alguma catástrofe ou inimigos que acabariam com a comunidade.

Sob forte influência suméria, os babilônicos trouxeram suas próprias ideias de divindades. Mantiveram a ideia de que os líderes de suas comunidades eram determinados pelos deuses, motivo pelo qual também faziam sacrifícios e oferendas. Aos babilônicos houve o surgimento de uma deusa responsável pelo amor e pela guerra, além do advento da primeira legislação escrita da história, que será analisada no próximo tópico – o Código de Hamurabi. Aos babilônios, era o deus-Sol *Samas* o responsável pela justiça, dessa forma, positivou-se seu nome como o verdadeiro mestre na elaboração do Código citado.

Aos egípcios, posteriormente, cabiam também várias divindades, constituindo a sociedade em politeísta. Assim, nessa civilização, assim como nas anteriores, acreditava-se que as divindades eram as responsáveis pelos fenômenos que não explicavam, assim como pelas derrotas ou vitórias nas guerras. Um ano de boas colheitas, vitórias na guerra e poucas enchentes, era um ano justo e abençoado pelos deuses. Entretanto, na concepção egípcia de divindade, distingue-se quanto aos deuses. Para os egípcios, os governantes, ditos Faraós, eram divindades encarnadas. Assim, os grandes templos até hoje resistentes, com a mumificação de alguns desses líderes, resguardou o conhecimento sobre essa história. Seus deuses apareciam em três

representações: humanos, geralmente calcado nos seus Faraós, animais, nos quais os mais respeitados e adorados eram os gatos, e em formas que misturavam animais e humanos, como é comum observar em representações da época, deuses com corpo humano e rosto de gatos, corpo humano e face de aves de rapina, ou até de cabras. Na tradição egípcia havia uma divindade para a *justiça*, representada por *Maat*. Segundo os relatos, trazia uma pena em seus cabelos, que usava para colocar numa balança contra o coração daqueles que morriam. Se o peso fosse idêntico ou mais leve, então o morto poderia caminhar tranquilamente para um descanso paradisíaco, contudo, se o coração fosse mais pesado que a pena, um monstro horripilante tomaria conta do morto. Essa crença sustentava a ideia de que o povo egípcio deveria viver de forma ética, seguindo os interesses dos *Faraós*, que eram seus líderes e também entidades. Uma vida escorreita e íntegra, sem questionar a civilização em que vivia, permitia uma tranquila passagem para o além, enquanto os revoltosos ou aqueles que se viravam contra a civilização e suas minúcias, um final terrível era reservado.

O maior conhecimento que se faz da compreensão de *justiça* nos tempos antigos, com relatos precisos nos dias atuais, versa sobre a história do Velho Testamento. A epopeia do povo judeu em sua jornada rumo à terra prometida é amplamente divulgada por constar na primeira parte da Bíblia, o livro sagrado dos cristãos. Há que se entender, porém, a dicotomia entre o Velho e o Novo Testamento. No Velho, conta-se a história da criação da humanidade e, posteriormente, da busca do povo judeu por seu território para enfim adorar a Deus. No novo, todavia, conta-se a história do filho de Deus, Jesus, que vem à Terra para salvar a todos, e para isso, é sacrificado.

No Velho Testamento tem-se o início de tudo, quando Deus cria o Universo e, conseqüentemente, a Terra, em seis dias e descansa no sétimo. Sentindo a falta de algo para preencher esse longo território criado por ele, Deus pega um pedaço de barro e dá o sopro da vida, criando o primeiro homem, Adão. Sozinho como primeiro homem, Deus tira uma costela de Adão e cria Eva, a primeira mulher. Ambos passam a morar num grandioso jardim, repleto de tudo, o Éden. Uma vez lá, Deus ordena que ambos podem viver e desfrutar de tudo que seus olhos alcançam, menos da árvore que ele aponta,

dizendo que o fruto da mesma traria um castigo aos dois. Pode-se perceber já de início que a justiça divina, nesse caso, se ampara na obediência integral à divindade. Tomada de curiosidade e seduzida pela serpente, Eva come e convence Adão a morder o fruto da árvore. A árvore, conhecida como a portadora do conhecimento do bem e do mal, gera imediatamente constrangimento nos dois humanos, que sentem vergonha por estarem pelados diante um do outro. Inicia-se então o conhecimento da moral, uma vez sabendo o que era certo e errado, envergonham-se por terem traído ao mandamento de Deus. Descoberta a traição, Deus, decepcionado com suas criações, as expulsa do Eden e lhes outorga uma vida de muito trabalho e sofrimento, por sua transgressão.

Adão e Eva tem alguns filhos, dos quais resta famosa a história de Caim e Abel. Ambos faziam sacrifícios à Deus e eram tementes, porém os sacrifícios de Abel eram mais admirados por Deus do que os de Caim. Tomado de inveja, Caim mata seu irmão, o que lhe rende uma sanção, um sinal em sua testa e a sina de viver nômade o resto de seus dias. Daí se tira mais um mandamento divino: não matar.

Tal mandamento, porém seria posto à prova com Abraão, que recebe de Deus a tarefa, para testar sua fé, de sacrificar seu próprio filho, Isaac. Decidido, Abraão sobe até o altar para matar seu próprio filho em nome de Deus, ocasião em que Deus se compadece da fé dele e troca o filho por um cordeiro. Assim, delimitava-se que matar era errado, todavia, matar em sacrifício ou a mando de Deus, era permissível.

Mais adiante no Velho Testamento, do episódio da fuga de Moisés do Egito com o seu povo, da subida ao Monte Sinai, recebe de Deus dez mandamentos, que seriam o guia dos povos. Seguindo-se os dez mandamentos, então o mundo seria justo, pois tais dispositivos eram os guias da justiça Dele. Tais mandamentos consistiam em amar a Deus sobre todas as coisas, não usar o nome de Deus em vão, guardar os domingos para Deus, honrar o pai e a mãe, não matar, guardar castidade em obras e palavras, não furtar, não apontar falsamente contra outrem, ser casto nos desejos e não desejar coisas alheias.

São nesses dez mandamentos que se desenhou toda a conceituação de justiça que persistiria no povo judeu e, mais tarde, se expandiria no ocidente, já misturados com os ensinamentos de Jesus no Novo Testamento. Tais minúcias e mudanças, já com o advento de Cristo, serão analisados oportunamente em tópico posterior. Percebe-se, contudo, até os dias de hoje a influência de alguns desses mandamentos nos ordenamentos jurídicos de muitas nações.

Para além da visão judaico-cristã que se pautou com força no Oriente Médio e, após o século IV d.C. se propagou pelo Ocidente, outras religiões e crenças merecem certo enfoque por suas visões distintas de justiça.

O primeiro caso trata da religião, hoje tida como mitologia, advinda dos gregos. Na Grécia Clássica, acreditavam os gregos em inúmeras divindades, tratando-se então, obviamente, de uma civilização politeísta. A diferença, no caso grego, é que os deuses, apesar de agirem sobre a fortuna ou a desgraça dos homens, também tinham sentimentos humanos: dessa forma, era comum nos relatos da época trechos sobre angústia, ira, amor, inveja e luxúria entre as diversas divindades. Não obstante, os deuses eram antropomórficos, surgindo muitas vezes em formas humanas, ou zoomórficos, ou seja, em forma de animais, para atentar contra humanos, principalmente em questões sexuais. É de uma das aventuras de Zeus, por exemplo, em forma humana, ao conquistar uma mortal, que nasce Hércules, famoso posteriormente na mitologia por ter realizado doze trabalhos inalcançáveis para meros mortais.

Na *Ilíada*, a maior obra poética jamais escrita, onde se narram os acontecimentos na morosa guerra de Tróia, que durou uma década, Homero destaca muitos trechos para narrar a epopeia de bençãos, conflitos e angústias dos deuses com os humanos. Trata também dos inúmeros sacrifícios que eram oferecidos aos deuses, mormente os sacrifícios animais. Tais sacrifícios podem ser observados nas obras gregas, das quais vale mencionar *As rãs* (Cosac & Naify, 2014), obra teatral escrita pelo opositor de Sócrates e grande autor da comédia grega, Aristófanes.

Voltando ao pai dos poetas, logo no início da *Ilíada* (Nova Fronteira, 2015), é possível aduzir sobre como funcionavam os deuses em sede de recurso aos pedidos de justiça humana. Crises, um apoiador do exército de

Agamenon que invade as areias de Tróia, vai até o seu rei e lhe implora pela devolução de sua filha Criseida, que se encontra sob posse de Agamenon. O rei é aconselhado por seus próximos a devolver a filha de Crises, uma vez que o mesmo é um fiel servidor de Apolo e com força no templo. Agamenon recusa o pedido, o que causa ira de Crises, que vai ao templo e roga ao deus Apolo, do qual era fiel subserviente, de que castigue ao exército de Agamenon até que sua filha lhe seja devolvida. O deus atente o pedido e grande castigo aflige Agamenon e suas falanges, o que o obriga a retornar Criseida ao seu pai.

A justiça na mitologia grega, então, não necessariamente protegia o mais fraco das relações, mas em regra dava o poder de peticionar ao mais crente, ao fiel servidor, ao que ofertava os melhores sacrifícios aos deuses. Ainda na *Ilíada*, há episódio em que Tétis, a divindade mãe de Aquiles recorre até Zeus lhe pedindo para que Tróia passe a vencer batalhas da guerra em que estão travando, assim Agamenon sentiria a urgência de ir até Aquiles – que estava magoado com a perda de uma escrava sua, Briseida, sua favorita, tomada por Agamenon no episódio da devolução e Criseida -, pedir perdão, lhe devolver a escrava e voltar a combater na guerra. Compadecido e encantado pela beleza de Tétis, Zeus lhe concede o desejo e assim Tróia passa a preponderar na guerra, sob as espadas de Heitor, o domador de cavalos e de Páris, seu irmão.

Os episódios narrados na *Ilíada* podem oferecer uma visão ampla de como a justiça divina dentro das crenças da Grécia Clássica eram complexas. A disputa pelo favorecimento dos deuses influenciava as tomadas de decisão, sendo que os bons e maus sinais eram tomados de grande seriedade antes de grandes acontecimentos. A sorte estava intimamente ligada com o desejo dos deuses e também na influência que alguns humanos de valores exacerbados tinham na vontade das divindades. É nesse ínterim, por exemplo, que o exército de Agamenon e Menelau sai vencedor sobre as forças de Páris, Heitor e Príamo. Os troianos tinham muitas graças dos deuses, ofertavam muito ao Olimpo e tinham os deuses na mais alta consideração, ainda assim, sua sorte se definiu com a supremacia de Zeus, que decide, influenciado por outras divindades próximas, de que os gregos mereciam mais a honra e a glória após dez anos de conflito.

Episódios para compreender as minúcias da justiça divina entre os gregos são vastos nas obras que restaram íntegras até a atualidade, assim, as obras de Homero, Sófocles e Aristófanes são algumas das mais relevantes para aprofundar no tema.

A mitologia romana, que se aproveitou das divindades gregas, apenas gerando novos nomes e mudando ligeiramente o aspecto de cada divindade, absorvendo o grosso de cada deidade grega, não diferiu muito das tradições gregas. A maior alteração vem no nome das divindades, mas seu senso de justiça ainda se pautava na maior influência dos veneráveis súditos de cada deidade. Dessa forma, aos mais crentes e que dispunham de maiores sacrifícios, eram reservadas as graças dos deuses, aos menos crentes, restava a ira dos deuses. Ira essa que era alavancada nas guerras de conquista dos romanos, onde acreditavam sob a benção dos deuses dominar os inimigos e expandir o território romano, que formaria o grandioso Império.

Imprescindível narrar, ainda que de maneira superficial, a justiça na mitologia nórdica, posto que a visão das divindades desses povos diferia muito de qualquer uma vista até então. Os deuses tinham a mesma característica dos gregos e romanos: antropomórficos e zoomórficos, aparecendo tanto em formas humanas como animais. Assim como nos casos gregos e romanos, os deuses viviam ardentemente os sentimentos humanos, sendo tradicionais nas escrituras que sobreviveram ao tempo os relatos de Odin perseguindo mulheres insanamente, ou de Thor se aventurando em rusgas e conflitos por toda a parte.

A mudança na mitologia nórdica para as gregas e romanas, no tocante à justiça, é a inserção de uma divindade com características nefastas. É claro que na mitologia grega existiam deuses considerados bons e maus, sendo que na verdade todos alternavam em sentimentos que lhes chacoalhavam nas linhas morais entre o bom e o mau. Todavia, não havia na mitologia grega nem romana uma entidade divina cuja existência se pautava em ser ardilosa e malvada, como havia na dicotomia judaico-cristã com a figura de Satanás. Nesse aspecto, é importante a presença de Loki na mitologia nórdica, pois a justiça poderia muitas vezes ser corrompida pelas armações desse deus. Assim, a mitologia nórdica se alicerça em divindades em constante conflito

entre si, como Thor, Loki, Tyr, etc, estes sob a tutela do maior de todos, Odin. Assim, nas relações sociais das sociedades nórdicas, pelos relatos que sobreviveram ao tempo, um povo menos conhecido por sua diplomacia do que por sua capacidade bélica e hostilidade, os deuses refletiam os interesses dos povos, com características belicosas e hostis, tendentes à guerra e à conquista.

Assim, é possível fazer um parâmetro de comparação que as estruturas societárias dessas divindades refletiam as características de seus próprios povos, dessa forma, as civilizações, a partir de suas crenças estabelecidas, retumbavam ideais de justiça que refletiam o que consideravam a vontade dos deuses. Em suma, os deuses eram reflexo do povo, que, por seu lado, refletia nos deuses as suas ações em busca da justiça. Na maioria dos casos, os deuses – ou o deus, na visão monoteísta – eram imbuídos de atributos valorosos, porém emitiam sentimentos humanos e muitas vezes surgiam entre os povos nas suas formas humanas ou animais, mas em alguns casos, o que se tornou mais evidente com a ascensão da religião judaico-cristã, foi a ambiguidade de entidades divinas boas contra entidades divinas más, caracterizando então disputas morais sobre os conceitos de bem e mal que cada civilização valorava.

2.3. JUSTIÇA NUA E CRUA: O ADVENTO DO TALIÃO

Como pudemos ver no tópico anterior, as civilizações, com o decorrer da história, muito se amparavam nas questões religiosas para distribuir o que consideravam como justiça. O conceito de justiça então se encontrava ramificado dentro das questões religiosas, uma vez que as diferentes ações humanas, nas diferentes sociedades, causavam impactos e consequências distintas em cada caso.

Com o passar do tempo, as sociedades se desenvolveram de forma que surgiu a escrita. A partir do surgimento da escrita, o homem pôde então relatar de maneira mais sólida e fácil de compreender – até então a tradição oral se sustentava – as demandas de cada sociedade. Em pouco tempo aprendeu o homem a usar a escrita para difundir informações entre os povos, de forma que

logo solidificou-se a positivação dos conjuntos de leis, divinas ou humanas, em forma escrita.

É nesse contexto que na Suméria, no tempo de domínio babilônico, por volta do século XVIII a.C., Hamurabi, um distinto líder dessa civilização mesopotâmica, resolve cunhar em escrita cuneiforme todas as leis que estavam em vigor na época. Dessa forma, a famosa lei do *Talião* se positivava em 282 leis, que ficariam conhecidas para a posteridade pela lei do “olho por olho, dente por dente”.

Tomando por objeto as leis do código citado, pode-se construir que o conceito de justiça dessa civilização se pautava na retaliação das infrações cometidas em sua população com sanções que obrigavam a reparação ou a imposição do mesmo dano ao agente causador.

A famosa frase do “olho por olho, dente por dente”, faz muito sentido, pois, por exemplo, se um homem deste povo ferisse um outro membro, cujo dano obrigasse a vítima a perda do braço, seria imposto ao agente causador a perda do mesmo braço também.

A justiça mesopotâmica pautada em Hamurabi, portanto, tinha esse tom retributivo, onde o que era causado tinha por consequência, em muitos casos, a mesma ação. Alguns casos, contudo, permitiam que o retorno fosse ainda mais pesado. Dessa forma, restava em uma das leis que furtar ou roubar o filho de uma outra pessoa, tinha como consequência a morte do ladrão.

A efetivação do Código de Hamurabi foi tão importante que alguns resquícios de leis advindas destes tempos imemoriais se refletem em legislações atuais. Era consolidado neste Código, por exemplo, que o filho adotado que recebesse o nome do pai, não poderia, após adulto, ser reivindicado por outrem. Dessa forma, outrossim, se observa uma ação no tocante à adoção que até os dias atuais é praticada, evidentemente com as alterações necessárias pela passagem das eras.

Apesar das influências religiosas latentes no decorrer do ordenamento, o aspecto da retribuição ao dano, sob as graças das divindades, é mais latente. Dessa forma, cabia aos líderes dessa civilização a atuação para manter a

civilização dentro dessas regras, aplicando, quando devido, o disposto nas leis, para então poder se garantir a justiça para todos dessa sociedade.

2.4. JUSTIÇA SOCRÁTICA

É na Grécia antiga, por volta do séc. V a.C. que começam a haver mudanças significativas no tocante ao sentido de justiça. Esse período se justifica pela efervescência filosófica que seria adotada pelos pensadores gregos dessa geração. Assim, é com a influência dos pensadores gregos como Tales de Mileto e Demócrito, pensadores que buscam compreender a ordem da natureza, que surge Sócrates.

Sócrates, por sua vez, quebra com a tendência dos pensadores que vinham antes de seu surgimento, pois deixa de observar a ordem da natureza para se ater ao ser humano e à *pólis* (cidade) grega. Sua importância é tamanha para o estudo da filosofia que além da alcunha de *pai* da filosofia, também se separa a ordem temporal da filosofia em pré e pós socráticos. Para se ter noção, esse prestígio cronológico só foi concedido, dentro do ocidente, para outro ser na história: Jesus Cristo.

Embora não tenha deixado registros escritos de suas ideias, seus pensamentos se eternizaram com a atuação de seus discípulos, que se ativeram em narrar as ideias do mestre e também seus diálogos. Seu mais famoso discípulo foi Platão, que, posteriormente, daria continuidade às ideias de Sócrates, contemplando diferenças a partir das próprias descobertas filosóficas que admitia ter alcançado.

Doravante, a filosofia socrática se preocupou muito com a questão da justiça. A própria vida de Sócrates se confunde com o ideal de justiça, uma vez que acusado de corromper os jovens de sua geração, foi julgado e condenado à morte, preferindo morrer do que fugir e colocar seus ideais em cheque, como nos conta a obra *Apologia de Sócrates* (L&PM, 2008), onde Platão narra o julgamento do seu mestre e como ele preferiu se abster de defender das acusações que lhe eram direcionadas, optando por questionar a própria raiz dos questionamentos que lhe eram inquiridos. Em livro posterior, *Critón* (L&PM, 2008), Sócrates, através da narrativa platônica, é visitado na prisão por seu amigo rico Critón, que lhe oferece uma rota de fuga, para poder se

desvencilhar da pena de morte que lhe foi atribuída. Sócrates, nesse diálogo, discute que não se deve responder uma injustiça com injustiça, muito menos correr de um dever que lhe fora atribuído, assim, abraça seu fado de morrer, mantendo, contudo, suas ideias vivas.

É comum na filosofia socrática também a ideia do autoconhecimento. Para a linha socrática, só se alcança a justiça conhecendo-se. Eternizou-se sua frase “Conhece-te a ti mesmo”, como um mantra para poder, uma vez munido do conhecimento interno, aflorar o conhecimento externo. Sócrates defendia que apenas tendo consciência de suas limitações era possível adentrar na vida pública e assim, viver de forma justa.

Segundo David (2017):

Para Sócrates, a ideia de justiça é bem simples, mas advém de vários fatores. A justiça é, segundo ele, a base para todas as virtudes a que o homem quer ter. A justiça deveria estar contida nas virtudes (temperança, valor – o amor das – e sabedoria – gosto pelo saber) e na alma (dividida em desejo, coragem e razão) do homem, sendo que a virtude que deveria prevalecer seria a justiça. O que seria justiça? O justo se dá a partir de uma análise do homem na sociedade, é baseado em um conceito antropológico, não se remetendo a conceitos fechados e absolutos. A cidade, por ser reflexo do homem, é justa se estiverem homens justos vivendo nela. (p. 51)

Para chegar nesse conceito, Sócrates usava de seu método, a *maieutica*. Sobre seu método filosófico:

Para trazer à tona a “verdade” do sujeito, o que lhe vai à alma, Sócrates cria um método específico, a partir da sua inteligência e perspicácia apuradas. Esse método ficou conhecido por maieutica (em grego “parto”), que significa parto de ideias, em homenagem à sua mãe, que era parteira; segundo Sócrates, se ela fazia parto de corpos, ele “dava à luz” ideias novas. O diálogo socrático tem como objeto purificar o discurso, livrá-lo das suas contradições, partindo do confronto de exemplos e opiniões até chegar a definições universais, a serem aplicadas a todos os seres humanos. Sócrates compreendeu que as condições de uma ciência moral residiam na constituição, por via indutiva, dos conceitos universais, como a coragem, a justiça, etc. O indivíduo libertado assim da particularidade da sua opinião pode viver de acordo com a razão, sabendo o que pode e o que deve fazer sem se contradizer. Essa tarefa que consiste na construção de uma ciência moral é fundamental para o filósofo grego, que possui a convicção profunda de que a virtude ensina que ninguém é mau voluntariamente e de que o mal reside exclusivamente na ignorância de si, quando o mesmo ser arvora num pretense saber, que, efetivamente, não detém. (DAVID, 2017, p. 50-51)

Ademais, uma vez dotada de homens valorosos, justos, a própria sociedade em que estes estivessem inseridos, também seria justa. Partia o

pensador de uma ideia dedutiva, onde a partir da concepção de uma sociedade justa, vista do ponto de vista macro, era possível adentrar na discussão sobre a justiça individual, em escala micro. Assim, balanceavam-se as premissas da justiça: uma sociedade justa formaria homens mais justos e homens mais justos e valorosos, a partir dos critérios socráticos, seriam os pilares para a manutenção da sociedade justa. Defendia também que uma conceituação de justiça seria cada indivíduo se portar dentro de suas funções e aptidões, sabendo seus limites. Expõe David (2017) que:

Segundo Sócrates, a premissa básica para que se tenha uma sociedade justa, vem da ideia de uma República bem organizada, na qual a atitude do justo é atuar dentro de suas aptidões, mas agindo pensando no 'bem comum' [...] Logo, esse princípio pode muito bem ser, de certo modo, a justiça: o desempenhar cada um a sua tarefa⁴. O maior dos danos que poderia ser acometido a cidade seria a injustiça. Teria cometido injustiça, aquele que não cumprisse a sua função natural na cidade, causando confusão entre as três classes de virtudes (naturezas da cidade), o que geraria danos terríveis (p. 52)

Assim, em ruptura com a linha filosófica até então que tinha por finalidade os estudos naturais, Sócrates avança na cadeia da filosofia trazendo o humano e a sociedade para o foco, abrindo as portas para toda uma elaboração filosófica que se embasaria em seus pensamentos. Dava-se início à Era Socrática e toda e qualquer filosofia feita depois dela, as pós-socráticas, teriam de alguma forma influência ou amparo nela.

Toda conceituação ocidental de justiça, pautada na filosofia, portanto, deve um pouco à contribuição de Sócrates, que logo após sua morte, deixaria uma fortíssima marca já em seu "sucessor", Platão.

2.5. JUSTIÇA PLATÔNICA

Platão foi o mais conhecido seguidor de Sócrates. É através da obra platônica, que eternizava no papiro os diálogos socráticos e seu método maiêutico, que até hoje permanecem vivas suas ideias.

O discípulo, todavia, após a execução do mestre, não só daria continuidade ao pensamento socrático, como desenvolveria sua própria filosofia a respeito dos temas identificados pelos pensamentos de Sócrates.

Dessa feita, Platão também combateu com afinco o ideal sofista e desenvolveu teses próprias sobre o funcionamento da sociedade, do indivíduo e da organização da filosofia.

A justiça, evidentemente, foi assunto muito corriqueiro nas discussões que Platão se envolvia durante sua trajetória de vida. Suas ideias políticas, inclusive, lhe renderam aventuras que quase lhe custaram a vida.

Essas aventuras ocorreram com base na ideia que Platão criou de um Estado perfeito e justo. Para o pensador grego, tanto o indivíduo quanto a sociedade se dividiriam em três esferas distintas. Assim, no tocante à sociedade, defendia Platão de que esta deveria se pautar nas três castas defendidas: uma casta de artesãos, responsáveis pela produção das matérias-primas e bens de uso comum a todos os cidadãos. Concomitante com essa casta, existiria uma outra, de guardiões, responsáveis tanto pelo funcionamento interno das legislações, com a finalidade de manter a sociedade em perfeita harmonia, quanto pelo funcionamento externo, protegendo os cidadãos de invasões e defendendo o Estado com afinco e paixão. Caberia, contudo, uma terceira casta, a mais importante, na acepção platônica, formada pelos governadores-filósofos, uma junção dos maiores intelectuais do povo, que seriam responsáveis por formular as leis e tomar as rédeas do Estado.

Assim, em sua obra *A República* (Martin Claret, 2011), Platão desenvolve, num diálogo socrático, como esse modelo formulado a partir de suas ideias era o mais justo, enquanto ideais democráticos ou tirânicos davam espaço para governos ruins e injustos.

Na prática, durante sua vida, por três vezes Platão tentou implantá-la no reino de Siracusa, e nas três vezes seu modelo falhou. Na primeira foi rechaçado pelo rei do local e chegou a ser vendido como escravo, sendo, posteriormente, por sorte, ajudado a dar fuga. Na segunda vez escapou da morte também fugindo e na terceira, seu amigo que se tornara rei, Dion, durou pouco no poder.

Assim, na tentativa em vida de implantar o sistema político que considerava mais justo, Platão não obteve sucesso, mas isso não tira o mérito de toda sua teoria de justiça que prevaleceu por milênios.

No tocante ao indivíduo, Platão também defendia uma tripla divisão, no que compreendia como alma. Na parte do ventre ficava uma das divisões, a responsável pelo desejo, a que impulsionava os apetites sexuais, mais acima, na concavidade do peito, a segunda das divisões, responsável pelas paixões e pela ira, tendo a terceira parte, na altura da cabeça, responsável pelo pensamento racional, portanto, a mais importante das três. Julgava Platão inclusive que as duas primeiras eram mortais e se esvaíam com a morte do corpo, enquanto a terceira era imortal e prevalecia pela eternidade.

Justo, para Platão, seria aquele indivíduo capaz de controlar seus apetites sexuais, ter coragem para enfrentar suas paixões e conter sua ira, enquanto submetia as duas partes inferiores à razão. Essa harmonia hierarquizada na leitura platônica consolidava o que pensava do indivíduo justo.

À sociedade, por sua vez, a visão se pautava da mesma forma: haveria harmonia entre os artesãos, os guardiões e os governantes filósofos, sendo os últimos mais importantes, porém, ineficazes sem a perfeita junção dos três vértices.

Outra questão importante na compreensão platônica da justiça concerne sobre as aptidões. Defendia o filósofo que apenas era possível alcançar a harmonia citada no parágrafo anterior se houvesse aptidão tanto na esfera individual quanto na da sociedade, de cada membro em fazer sua função. Assim, caberia àqueles onde a primeira região da alma, a do ventre, fosse predominante, o trabalho como artesãos, posto que com seus desejos e vontades teriam a direção correta para promover produtos e riquezas para a sociedade, aos que viviam sob o predomínio da paixão e da ira, caberia a tarefa de guardar tanto a sociedade das ameaças externas quanto na fiel proteção interna, resguardando as leis. Aqueles, contudo, que sob a razão controlavam os outros dois hemisférios da alma, os considerados sábios, teriam como fado então a governança do Estado, tendo por responsabilidade a gestão da comunidade e a criação de mecanismos legais capazes de manter a estrutura em plena harmonia.

Outrossim, podemos elencar que a justiça platônica está intimamente ligada à questão racional, uma vez que prepondera em seus escritos a teoria de que aqueles dotados de maior aptidão racional deveriam governar sobre os outros, uma vez que seriam capazes de distribuir de forma mais equânime as funções de Estado, posto que saberiam discernir as aptidões dos demais indivíduos na formação da sociedade. Nesse ponto, flexionava seu pensamento de acordo com Sócrates, defendendo que uma sociedade justa criaria indivíduos justos, que seriam a chave para a manutenção de uma sociedade justa.

2.6. JUSTIÇA ARISTOTÉLICA

Aristóteles é o último da tríade grega do pensamento ocidental, que iniciara com Sócrates e passara por Platão. Sócrates deu o pontapé inicial, por assim dizer, sendo seu aluno Platão o responsável por expandir e demonstrar suas ideias, além de criar suas próprias. Aristóteles, por sua vez, foi aluno de Platão, também adquirindo forte influência platônica no início de sua trajetória, todavia, posteriormente divergindo do seu antigo mestre e estabelecendo linhas de pensamento próprias. Além disso, enquanto os outros dois pensadores focavam mais na sociedade, no *nomos*, Aristóteles foi um pensador mais complexo, abarcando teses sobre quase todas as áreas do conhecimento, englobando também filosofias a respeito da *physio*. Dessa feita, escreveu sobre as plantas e sobre o homem, sobre a poesia e a política, sobre os deuses e sobre a guerra. Vivenciou um período de grande efervescência cultural grega com o governo de Alexandre Magno, conhecido na história como Alexandre, O Grande, o qual era tutelado por Aristóteles.

Foi também o criador do Liceu, escola fundada por si em Atenas para desencadear a filosofia embasada em seus apontamentos. Seus alunos eram conhecidos por *peripatéticos* em alusão a uma rua ateniense próxima do Liceu por onde os alunos costumam discutir filosofia enquanto andavam de um lado ao outro. Com a fundação do Liceu, Aristóteles procurou se desvencilhar da filosofia platônica, dando prioridade aos pensamentos mais originais de sua obra, contudo, especialistas defendem que a obra aristotélica sofreu tamanha influência da platônica que mesmo na sua obra original, resquícios de seu

antigo mestre ainda eram perceptíveis. Nesse sentido, aponta Giovanni Reale (apud FILHO, 2017)

[...] a história espiritual de Aristóteles seria a história de uma “desconversão” do platonismo e da metafísica e uma conversão ao naturalismo e ao empirismo. Essa evolução seria visível na comparação e entre aquilo que conseguimos reconstituir das obras “exotéricas” de Aristóteles, escritas no período em que ele foi membro da Academia, e as obras “esotéricas”, em sua maioria constituídas pelos cursos ministrados por Aristóteles a partir do momento em que teve uma escola própria. E também seria visível considerando as últimas obras (REALE, 1990, 176). (p. 29)

Durante o período alexandrino, Aristóteles pôde ver a força do Estado grego alcançar pontos distantes no oriente e no ocidente, permitindo o contato do mesmo com novos pensadores, posto que Alexandre tinha por linha aceitar as diferenças culturais encontradas nos povos que dominava, com a premissa de que respeitassem sua autoridade como líder deles. Assim, Aristóteles pôde aprofundar seus estudos a respeito de diversas áreas do conhecimento com teorias que lhe eram desconhecidos, mormente os de origem oriental.

Os pensamentos de Aristóteles sobre justiça se desprendem da visão platônica do mesmo. Na concepção aristotélica, não há necessariamente um mundo das ideias separado do mundo real, cabendo ao empirismo, muito defendido por Aristóteles, a função de método para alcançar os objetivos, dentre os quais, preponderava a justiça.

A justiça para o pensador se consubstanciava num meio para alcançar a verdadeira finalidade da sociedade, que era a *Eudaimonia*, a felicidade. Através de uma sociedade justa e com cidadãos justos, era possível que a felicidade alcançasse a todos e esse era, em seu entender, o verdadeiro objetivo do homem.

Aristóteles desenvolveu visões sobre a justiça que permanecem muito importantes até hoje nas discussões filosóficas, políticas e jurídicas. Foi o pensador que primeiramente ousou dividir as leis entre naturais e convencionadas, assim, em sua visão, observava que existiam algumas leis que eram advindas da natureza e, por força disso, praticamente imutáveis, cabendo alterações apenas a critério da própria natureza, enquanto outras leis eram convencionadas pelos povos, alterando suas essências de um povo para o outro, de acordo com a cultura predominante em cada sociedade.

Foi com Aristóteles também que se desenvolveu um conceito de justiça muito refletido ainda na atualidade. Em seu livro *Ética a Nicômaco* (Martin Claret, 2003), defendeu que a justiça nada mais seria do que distribuir a cada um aquilo que lhe era devido, na medida de sua necessidade. Com essa visão, eternizou uma versão meritocrática do alcance da justiça, trazendo igualdade aos iguais e desigualdade aos desiguais.

Assim, para o filósofo, ainda que a justiça se dividisse em natural e convencional, era necessário que o cidadão seguisse ambas para se tornar justo, pois defendia que a fiel absorção da sociedade às legislações presentes era o caminho correto para o alcance da virtude, e apenas os virtuosos poderiam ser justos. Críticas foram levantadas à essa visão aristotélica, uma vez que justificaria, por exemplo, o argumento dos nazistas julgados em Nuremberg, que defendiam em seus processos terem apenas seguido a legislação e as ordens dos superiores durante o holocausto.

Em seus escritos políticos, foi um crítico da ideia de república platônica, todavia distinguia seis modelos de governo, divididos em três bons e três ruins, sendo os bons a própria república, a monarquia e a aristocracia, enquanto a oligarquia, a tirania e a democracia seriam formas degeneradas de se governar.

Em comum acordo com Platão, todavia, Aristóteles também defendia que as virtudes dos indivíduos eram determinantes para a própria justiça da sociedade, assim sendo, concordava no tocante ao fluxograma platônico de que o indivíduo virtuoso fazia a sociedade virtuosa que criava um ambiente propício para a manutenção do surgimento de cidadãos virtuosos.

Postulava também Aristóteles que o *cosmos*, o universo como um todo, existia por uma razão, assim, determinava em sua lógica de que cada coisa presente na vida existia por uma razão e com uma finalidade. Aos homens, tal finalidade, como já aventada anteriormente, era a *Eudaimonia*, alcançada através da virtude dos homens.

No tocante ao sistema de justiça aristotélico, algumas divisões foram feitas. Defendia o filósofo, por exemplo, que o dinheiro era uma forma de se proporcionar justiça, pois através do dinheiro as relações de troca comercial

poderiam ser mensuráveis, o que tornaria mais justa uma troca. O valor do dinheiro, portanto, seria importante para a mensuração do valor de cada bem, convergindo com a visão atentada anteriormente sobre dar a cada um aquilo que lhe é devido, na medida de sua necessidade.

Era contrário o pensador ao sistema de justiça retributiva, conforme falamos anteriormente sobre o Talião, como modelo mais evidente, defendendo, por seu lado, Aristóteles, uma justiça equitativa e distributiva, onde um juiz equidistante numa contenda seria o responsável por distribuir o maior bem possível aos litigantes, ou, na impossibilidade disto, que o menor mal fosse escolhido, pois o menor mal, ainda que mal, seria melhor do que o maior mal, assim como o maior bem seria mais importante e melhor do que o menor bem.

Assim, Sócrates deu início a uma visão filosófica marcante ao Ocidente, fonte da qual bebeu posteriormente Platão e que seria amalgamada por Aristóteles, que bebeu de ambas as fontes, além dos conhecimentos desenvolvidos por si, para gerar a tríade do pensamento clássico grego. A influência dos três pensadores sobreviveu aos séculos e permanece substancial ainda nos dias atuais para a percepção das visões de mundo.

Pouco após a morte de Aristóteles, uma Grécia já enfraquecida belicamente seria dominada pelo Império Romano, então em ampla ascensão. Os romanos teriam também uma importância abrupta para a formação do pensamento ocidental e trariam visões difusas no trato da justiça, influenciados por seus pensadores e pelas experiências adquiridas na conquista de boa parte do mundo. A influência romana no ocidente figura ao lado da influência grega como as mais importantes raízes históricas na construção das sociedades presentes. No caso romano, a influência do Direito Romano seria esplêndida, com fortes reflexos nas legislações atuais.

2.7. A JUSTIÇA – E O DIREITO – ROMANOS

É fato notório que o Império Romano foi, senão o maior, um dos maiores impérios de toda a história. A influência das conquistas romanas modificou a cultura europeia e, posteriormente, ocidental, de forma que os resquícios da tradição romana ainda são vistos nas sociedades atuais.

Sua história remete à muitas lendas e mitos, que vão desde a criação de Rômulo e Remo pela Loba até à chegada de Enéas, como nos conta Virgílio na *Eneida* (Editora 34, 2016), na qual vindo de Tróia, fugindo dos gregos, seria ele o responsável pelo recomeço da sociedade, sob os auspícios dos deuses, dando então continuidade ao que se traça na *Ilíada* (Nova Fronteira, 2015), de Homero.

Os territórios desse Império, que foi da ascensão à ruína, mas que sobreviveu por mais de um milênio, foram de uma vastidão que cobria toda a Europa e parte do Oriente Médio e do norte africano, perdendo a força com o passar das eras até restar conservado em seu núcleo no que hoje se entende pelo território italiano.

Durante as conquistas e nesse período de ascensão do Império Romano, havia uma preocupação latente entre seus pensadores e governadores, a respeito de como implementar a lei nas novas fronteiras. Ao contrário do que fizera Alexandre Magno na Grécia, os romanos não eram adeptos de permitir a continuidade de culturas alheias à romana em territórios sob sua dominação, preferindo, por sua vez, a prática da conversão, nem que fosse à força, dos povos conquistados, às práticas romanas.

Tal forma de governar gerava grandes discussões nas instituições romanas, preocupadas com possíveis revoltas e munidas do desejo de englobar uma só fonte de legislação que alcançasse todos os seus horizontes fronteiriços. Além disso, para os romanos, a lei surgia de inspirações divinas, de forma que por amor aos deuses era necessário respeitar a legislação em todo o território.

Abençoados que eram, com a sorte dos deuses que lhes permitiam o acúmulo de vitórias nos sangrentos campos de batalha e a força necessária para a dominação de grande parte do mundo conhecido, os romanos trabalhavam arduamente no intuito de, após a conquista, pacificar os povos dominados através de sua cultura. Dessa forma, levavam seus deuses mais longe e, conseqüência, eram agraciados ainda mais pela fortuna divina.

Estabelecidos alguns limites fronteiriços no grandioso Império, os romanos passaram a indagar soluções para uma legislação eficaz em todos os

rincões de seu domínio, doravante, encontraram nas leis e nos pensadores gregos a forma mais equilibrada, em seu entender, para proporcionar tal ato.

Assim, diz Santos (2012):

Tito Lívio (59 a. C.-16 d. C.) conta-nos as circunstâncias relacionadas com a preparação das leis contidas nas Doze Tábuas, que se basearam nas leis gregas de Sólon, mas com aplicação na tradição romana. Foram elaboradas por uma comissão, numa época conturbada pelas lutas entre patrícios e plebeus, com o objectivo de que estas leis fossem justas e úteis para as duas partes em litígio. Assim, foi enviada a Atenas uma embaixada, no sentido de tomar conhecimento e copiar as leis de Sólon, bem como obter informações sobre as leis, instituições e costumes de mais cidades da Grécia (p. 2)

Prossegue ainda sustentando que:

Os Romanos cultivaram ainda uma outra forma de direito proveniente dos filósofos gregos: o direito natural ou jusnaturalismo. Os estoicos acreditavam que o ser humano deveria viver de acordo com a natureza, que tem leis que englobam todos os homens, mesmo que não estejam escritas. Estes filósofos acreditavam na existência de uma ordem racional e intencional no universo, estabelecida pela divindade, e o direito natural, que conduzia a acções de acordo com a virtude, era o meio pelo qual um ser racional viveria em conformidade com a ordem do universo. Em Roma, estas teorias filosóficas tiveram uma grande aceitação entre os juristas, que as consideravam mais próprias e mais sábias, pelo que o direito natural serviu de base ao direito canónico (p. 3)

Assim, podemos perceber que os gregos tiveram uma importante influência na metodologia romana de estabelecer suas leis e, conseqüentemente, sua justiça. Vale ressaltar nesta altura de que, até esta época, não se distinguia o *direito* da *justiça*, assim, as leis, por sua característica divina, haviam de ser justas. Os romanos são os primeiros a compreender a diferença entre umas e outras, com o que defende Santos (2012):

A palavra justiça atinge hoje uma amplitude semântica que não tinha nos seus primórdios. Em Roma, a justiça está directamente relacionada com o direito, mas é distinta dele: a justiça é primitivamente uma divindade, depois adquire um valor moral e filosófico; o direito é sempre um conjunto de normas a aplicar (p. 1)

Outrossim, apesar da distinção que passa a se fazer entre *justiça* e *direito* nas leis romanas, o prestígio dos pensadores gregos continuava latente. Os pensamentos, mormente platônicos e aristotélicos, seriam absorvidos pelos pensadores romanos durante os primeiros cinco séculos depois de Cristo, com

a finalidade de embasar, em raízes filosóficas, a virtude da própria sociedade, através de suas ações legislativas.

Essa influência grega é manifesta na obra de Cícero, que se debruçou sobre a questão entre a virtude, o direito e a justiça em Roma.

Entre os Romanos, direito e justiça revelam concepções diferentes. Mais restrito, o direito é, pois, um conjunto de normas legais para aplicar nas relações sociais. A justiça, pelo contrário, adquire um valor e um sentido que se torna mais lato. Na mitologia romana, designa uma divindade que surge personificada na poesia, sobretudo, nos autores da época de Augusto. Mas é na obra de Cícero que o conceito de justiça evolui e se expande; a justiça é representada como uma virtude de grande valor moral e filosófico, que se reflecte no bem comum, uma vez que quem a pratica tem a capacidade de dar a cada um aquilo que lhe é próprio e devido. A justiça adequa-se aos maiores cargos do Estado e qualifica o governante (SANTOS, 2012, p. 5)

Doravante, a civilização que foi expoente da positivação das normas com a criação de uma lei duradoura no sentido histórico, cujas compilações de Justiniano, no século V, como vimos no capítulo anterior, foram determinantes por séculos e séculos, inovadora nas ideias de direito civil e na constituição de uma legislação sólida para permanecer em vigor durante muito tempo e em uma escala territorial grandiosa, teve como alicerce de toda essa estrutura o pensamento grego explorado nos tópicos anteriores.

Cícero, o grande pensador dessa geração, um dos maiores dentre os romanos, é um dos responsáveis por condensar e interpretar a filosofia grega em campos romanos. Pondera Santos (2012) que

É a obra filosófica deste autor que mais nos interessa, no que respeita ao desenvolvimento do conceito de justiça entre os Romanos. Cícero considerou necessário que existisse uma literatura filosófica em Roma e, uma vez que era um orador famoso, procurou conciliar nas suas obras as duas áreas a que se dedicava, a oratória e a filosofia, procurando igualar a fama da primeira ao renome da segunda. O Arpinate foi independente dos sistemas filosóficos que transmitiu nas suas obras e o seu valor é muito grande como fonte de conhecimento da filosofia grega, desde os pré-socráticos aos pensadores helenísticos, tanto mais que ao saber grego irá acrescentar a experiência romana (p. 3)

Com a autoridade do pensamento grego nas formulações romanas, a concepção de justiça, aqui presente não como direito, mas como *justiça per se*, tece-se com vista em compor uma forma híbrida entre as virtudes romanas e gregas.

Formula-se então que a justiça romana deveria se pautar na máxima aristotélica, enraizada na esfera platônica de *dar a cada um o que lhe é devido, na medida de sua necessidade*. Uma vez constituído o norte da justiça romana, era necessário se debruçar sobre as virtudes para alcançar tal ideal de justiça. Enquanto as virtudes gregas eram pautadas na produção e na paixão, controladas pela razão, para os romanos a visão era ligeiramente difusa.

Na obra de Suetonio (apud Santos, 2012), sobre a vida de Augusto, é possível levantar os pilares da virtude romana:

No meu sexto e sétimo consulados, depois de ter extinguido a guerra civil, e de ter assumido por consenso universal, o poder supremo, passei a República do meu poder para o arbítrio do Senado e do Povo Romano. Por esse motivo, e para me honrar, recebi o título de Augusto por decisão do Senado, e os umbrais da minha casa foram publicamente cobertos de louros, uma coroa cívica foi fixada sobre a minha porta, e colocado na Cúria Júlia um escudo de ouro, que testemunhava, através da inscrição que tinha, que o Senado e o Povo Romano mo concediam devido à minha **valentia (uirtus), clemência (clementia), justiça (iustitia) e piedade (pietas)**. Depois dessa época, fiquei acima de todos em autoridade, mas não tive mais nenhum poder do que os outros que foram meus colegas de magistratura. (pág. 4, grifo nosso)

Então, as virtudes romanas, com este relato, eram elencadas em valentia, clemência, justiça e piedade. Na valentia têm-se a ideia de destreza, de coragem, semelhante à virtude traçada por Platão aos seus guerreiros em sua teoria republicana. Na clemência e a na piedade é possível notar duas virtudes até então não tão claras na visão grega, cabendo portanto uma hipótese de ter sido uma orientação puramente romana, aliada, por sua vez, à virtude da justiça, pois somente com a soma dessas quatro virtudes se poderia alcançar a plenitude da glória divina, que retribuiria à sociedade, por sua vez, os louros da graça dos deuses e serviriam para alavancar não somente uma sociedade justa, mas um Império com limites esplêndidos para a época.

A justiça romana, por conseguinte, absorve o pensamento grego, mas gera também visões de cunho próprio. Transforma-se, para além das concepções platônicas e aristotélicas, como um corpo híbrido entre gregos e romanos, raízes que, para alguns pensadores, seria a mesma, em razão dos romanos serem historicamente – como apontava Virgílio – a continuação lógica da civilização grega. Seu sentido de justiça seria novamente modificado com o passar das eras, mas serviria de base para muitos pensadores, como fio

condutor de novas desenvolvimentos no tratamento da justiça. É nessa gama de filosofia grega com a essência romana e a positividade promovida pelo Império, de forma a solidificar seu domínio em todos os seus rincões que se desenvolvem as primeiras teorias do direito, matrizes do direito que permanece até hoje. Matéria penosa é tentar esclarecer o alcance da influência romana na contemporaneidade, mas, em similar comparação, seria tão vasta quanto o território que outrora lhe era cabido, nos seus tempos de ascensão.

2.8. JUSTIÇA NO MEDIEVO E A CRISTANDADE

O período medieval é um dos maiores dentre os recortes cronológicos que a historiografia estabeleceu. Parte da queda do Império Romano, no séc. V d.C. e vai até a queda de Constantinopla, quase mil anos depois, já no séc. XV. d.C. Ou seja, praticamente mil anos de duração.

Um período tão longo abarca, obviamente, uma infinidade de minúcias e particularidades, até pela própria essência da extensão temporal recortada, sendo tarefa impossível, num trabalho desta magnitude, dar cabo de retratar grande parte dessas particularidades. Assim, atento ao tema proposto, neste tópico trataremos de maneira superficial apenas algumas passagens desse período, de forma geral, para conseguir criar uma visão macro de como se sustentou a(s) justiça(s) nesse longo período.

A primeira coisa a se levar em consideração é que o período medieval, no ocidente, é substancialmente influenciado pela religião cristã. Durante o milênio medieval, é impossível tratar de qualquer aspecto da(s) sociedade(s) sem citar a Igreja Católica e suas facetas para doutrinação, controle e manutenção da religião.

Doravante, com exceção de poucos regimes e monarquias, a religião cristã obtinha grandiosa influência dentro dos territórios, sendo lhe cabida diversos terrenos para a construção das Igrejas e de obras relacionadas às funções da instituição, além de uma voz ativa nas cortes e de uma autonomia considerável, vista a configuração piramidal da sociedade medieval, onde o clero figurava em prestigioso lugar, próximo aos reis.

Com isso em mente, é crível tecer que toda a concepção de justiça e direito durante a Idade Média sofreu considerável influência da religião cristã. Após Constantino oficializar o cristianismo como a religião de Roma, e sua rápida expansão, como vento, aos quatro cantos da Europa, a Igreja se fixou e erigiu um grande domínio sobre as decisões em todas as esferas.

Cabe salientar que no início desse período de domínio cristão, entre o fim do período antigo com o início do medievo, poucos homens eram letrados, o que proporcionava uma dificuldade na conversão em massa por parte dos cristãos, posto que a tradição oral das divindades cultuadas pelos povos era sólida. Assim, algum sincretismo religioso passou a ser usado como artifício para o domínio dos povos. Os intelectuais gregos e romanos, letrados e amantes da filosofia, geraram ainda mais resistência para sua conversão, uma vez que não acreditavam na predominância de uma divindade e sim nos princípios filosóficos, mormente os deixados por Platão e Aristóteles.

A partir disso, alguns intelectuais cristãos precisaram formular bases filosóficas para explicar Deus e assim, sob o uso da Igreja, converter mais fiéis. Um dos primeiros intelectuais cristãos que se debruça nessa tarefa hercúlea é Santo Agostinho, o bispo de Hipona. Agostinho, em suas obras, procura absorver a filosofia grega – principalmente Platão – sob a ótica religiosa.

Assim, o bispo de Hipona busca explicar Deus através da razão, separando o mundo dos homens do mundo de Deus, numa contenda que lhe renderia a produção de suas obras *Confissões* (Martin Claret, 1987) e *Cidade de Deus* (Vozes, 2014). Em suas obras, Agostinho trata muito da justiça. Sob a ótica platônica, convertida nos princípios cristãos, o bispo de Hipona defende que existia uma justiça divina, emanada pelos princípios da cristandade, que seria perfeita, infalível e imutável, sendo boa. Por outro lado, existiria a justiça humana, pautada nas decisões que os homens traziam na sociedade, que nem sempre eram perfeitas e infalíveis, e eram mutáveis, mas que, caso seguissem os princípios da fé cristã, então seriam também justas.

Assim, já na filosofia agostiniana, as ações humanas em vida eram compensadas posteriormente no momento da morte, cravando uma viagem celestial ou uma descida aos mármoreos do inferno. A justiça, apesar de

implantada no mundo terreno, não dizia respeito somente à vida, mas, muito mais importante, ao caminho tomado pela alma após a morte. Uma alma justa e correta iria morar na morada de Deus, no paraíso celestial, ao lado que por outro lado, as almas injustas, teriam uma viagem perene e sofrida até os confins do inferno.

É evidente que o imaginário social medieval sofreu monumental influência das ideias cristãs, atentando em projeções culturais e sociais que alcançavam todos os homens. Assim, por exemplo, durante período do medievo, segundo relata Franco Jr (Brasiliense, 2001), era um costume acreditar que em algum lugar do Oriente existia um país chamado Cocanha, que nada mais seria do que uma projeção do paraíso na terra, onde os rios corriam leite e a alimentação era infinda. O alcance desta terra, todavia, cabia só aos justos e corajosos. Tal projeção no imaginário se monta por influências dos relatos cristãos do paraíso, aliados às realidades sociais vividas por esses povos, que conviviam com a fome, as doenças e regimes de semiescravidão para sobreviver, tendo por objeto último de esperança, a imaginação.

Durante o período medieval que também se tem uma sublime transformação nos conceitos valorativos da sociedade. Pautados na religião católica, amparada na história de Cristo, há uma mudança majestosa na forma de se entender os valores que determinavam o caráter justo e puro de um homem.

Se nas sociedades estudadas nos tópicos anteriores prevaleciam valores como a coragem, a destreza, a bravura, a força e a perspicácia, com a Igreja Cristã e o exemplo do Salvador, tais valores sofrem uma mutação. Tais valores agora eram vistos como sinais de arrogância, de opressão, cabendo, por seu lado, ao homem justo, a penitência, a culpa, valoroso era aquele que abdicava das vicissitudes terrenas e abraçava a fé.

Valoroso era aquele que abria mão de suas posses por Deus e Cristo, aquele que sentia a culpa dos pecados cometidos, mas que se ajoelhava e, em penitência, pedia perdão ao Todo Poderoso. Bravo e destemido era aquele que não cedia às tentações, e se mantinha casto e pobre. Ao mesmo tempo, como se percebeu, a Igreja Católica aumentava suas posses e influências. O luxo

seria uma marca do clero medieval, contrastando com os ensinamentos que passava.

Também data do medievo a instauração da *Inquisição*, um instrumento criado pela Igreja Católica e outorgado por diversos governos, onde cabia conjuntamente ao governo e à Igreja, com grande autonomia para esta última, a análise, acusação e julgamento de casos onde havia denúncia – muitas vezes nem denúncia, apenas o fruto de desavenças pessoais – de heresias, bruxarias ou paganismo. Assim, a justiça divina poderia agir pelas mãos dos inquisidores, religiosos treinados para extrair dos acusados a verdade divina sobre a prática de qualquer um dos atos considerados vis e perigosos pela Igreja. Para alcançar os resultados, torturas dos mais variados tipos eram feitas aos acusados, sem, todavia, tirar uma gota de sangue, pois tal atitude ia contra o ideal religioso.

Aos condenados pelo tribunal inquisidor, onde a Igreja fazia as honras de Ministério Público e também de magistratura, cabia a fogueira, a excomunhão e outras penas menos pesadas, todavia, com alto grau de severidade e, como consequência, um eterno olhar de desconfiança por parte do restante da sociedade que sabia o perigo de se manter contato com algum acusado/condenado pela inquisição.

Relato imponente e único de como funcionava o tribunal da Inquisição, contudo em período posterior ao medievo, se encontra na obra de Carlos Ginzburg, *O queijo e os vermes* (Cia das Letras, 2006), em que o historiador segue todo o processo inquisitorial de um moleiro, Menocchio, um mero italiano durante o século XVI.

Já em meados do séc. XIII, outro importante religioso traria visões filosóficas para a compreensão da justiça divina e criaria uma obra e influência que sobreviveria por muitos séculos. Trata-se de São Tomás de Aquino.

São Tomás é o responsável por amalgamar e recuperar a filosofia aristotélica sob o viés cristão. A ideia de São Tomás, que foi professor universitário, em uma época que a universidade era mantida pela Igreja, se tratava em relacionar a vida humana com a divina, demonstrando a justiça como uma querela relacionada à ação humana. Foi em Aristóteles que São

Tomás buscou a sua conceituação de justiça, amparada em versículo da Bíblia. Não disse Jesus à porta do templo para dar a César o que era de César e a Deus o que era de Deus? Pois bem, à São Tomás a justiça nada mais era do que a vontade do ser humano em dar a cada um aquilo que era seu.

Há uma ligeira diferença entre o pensamento aristotélico, todavia, e a versão tomista. Veja bem, para São Tomás a importância era na vontade de dar a cada um o que é seu, a vontade da justiça, e não o ato de fazê-la. Assim, defendia que a justiça se enraizava no comportamento dos homens em saber distinguir o que era seu do que não era. O caráter interno da vontade, como postulação da mente frente aos desígnios divinos, prevalecia sobre o ato, pois o ato de pensar corretamente, com *justiça*, transformaria, de qualquer forma, o ato feito em ato justo.

Assim, se Santo Agostinho absorveu Platão e São Tomás de Aquino absorveu Aristóteles à filosofia cristã, em linhas gerais é possível delinear como durante o medievo foi importante o uso da tradição filosófica grega para benefício do cristianismo, que soube incorporar em sincretismos desde tradições de outras religiões até os pensamentos filosóficos que por tempos eram demonizados como heresias, para o próprio núcleo de sua doutrina de fé. Assim, falar de justiça no medievo é falar da cristandade, posto que havia o domínio do controle da justiça, seja na esfera divina ou no mundo dos homens, pela Igreja Católica, que, por muitos séculos, foi a instituição majoritária na formação dos princípios e dos conceitos de justiça que refletem até os tempos presentes.

2.9. DAS TREVAS À LUZ: O ILUMINISMO E A JUSTIÇA

O final da Idade Média trouxe o florescimento da renascença, período de avanços significativos na esfera cultural e também no desenvolvimento da sociedade ocidental. É no período renascentista que o pensamento volta a focar no homem, o antropocentrismo, deixando as questões religiosas em um segundo plano. Uma das razões para tanto é o advento do protestantismo, algumas revoltas religiosas independentes em lugares difusos, das quais a mais conhecida é a elaborada por Lutero, na Alemanha, no início do século

XVI. Tais revoltas conflitavam com os dogmas do catolicismo, defendendo maior liberdade e interpretações diferentes da Bíblia para os crentes.

A Renascença serviu de pedestal para o surgimento do pensamento iluminista, uma corrente de pensamento que, por seu nome, acreditava trazer luzes, em contraste com o que fadavam ao período medieval, catártico e cunhado de Idade das Trevas. O iluminismo abarcou muitos pensadores de grande calibre, que figuram ainda na atualidade dentre os mais lidos. É nessa corrente e época que conviveram Adam Smith, Rousseau, Locke, Francis Bacon, Voltaire, Spinoza, Hume, Descartes, dentre outros grandes filósofos e intelectuais.

Cada um desses grandes pensadores, formulou suas próprias teorias a respeito dos mais diversos temas e esferas do conhecimento. Muitos tiveram sucesso reconhecido em muitas áreas do conhecimento, como, por exemplo, Descartes na matemática e Voltaire na literatura, ou Smith na economia.

O cerne do pensamento iluminista, porém, consistia em algumas raízes em comum a todos esses pensadores, tais quais, o estudo do homem como centro das atenções, ancorado em aspectos terrenos e se desvencilhando das linhas religiosas que eram cabais em tempos anteriores.

Cada um desses pensadores também carregava seus próprios entendimentos a respeito da justiça, mas começavam a engatinhar no âmbito de uma metodologia científica, aliada à filosofia existente, para alcançar resultados dos seus questionamentos.

Dessa forma, por exemplo, têm-se em Rousseau o filósofo que em seus manuscritos passou a ideia do *contrato social*. Para o francês, a sociedade fazia um *contrato* virtual entre todos os seus componentes, com a finalidade da vida em comunidade. Não haveria de se assinar nenhum documento ou algo do tipo, bastava que tal contrato, positivado através das leis dessa comunidade, fossem respeitadas pelos seus cidadãos. Além disso, defendia o francês que alguns dos direitos advindos nesse contrato social eram de origem natural, ou seja, iguais para todos os seres humanos, sem distinções. Direitos como a liberdade, o direito à vida, dentre outros, eram esmiuçados como pertencentes a todo ser humano, não cabendo às leis ou aos homens impedir o

acesso a esses direitos, salvo quando houvesse desrespeito a outras leis. Assim, por exemplo, todos tinham o direito à vida, mas um assassino que fosse preso, poderia ser condenado à morte, justamente pelo caráter de suas ações que romperam com o contrato social.

Rousseau seria, como veremos mais adiante, um dos grandes pensadores utilizados na base da Revolução Francesa, de onde suas ideias seriam usadas e reinterpretadas para a criação do novo Estado francês, oposto ao absolutismo então em vigor.

Ao tratar do absolutismo, portanto, é justo elucidar que se tratava de um regime de governo, tal qual no núcleo da palavra, absoluto. O absolutismo gerava ao monarca todos os poderes da sociedade, sendo concentrado nele o poder de legislar, de executar e de julgar. Tudo cabia ao monarca, que delegava algumas funções a nobres de confiança, ao mesmo tempo que tinha o clero ao seu lado. O clero que se importava muito com o regime absolutista, pois via nele o amparo necessário para formular suas influências e para manter, são e salvo, seus domínios territoriais e seus bens.

Montesquieu, outro grande filósofo francês de matiz iluminista, pensava, por sua vez, que a liberdade era um bem de todos e que não cabia ao Estado absoluto o controle de tudo, pois assim haveria perigo de tirania. Foi este pensador que formulou um sistema político que ficou conhecido historicamente como *de freios e contrapesos*. Ao sistema de Montesquieu se criavam três poderes, um responsável por legislar, um por executar e um por julgar, assim, harmônicos mas independentes, um poder seria o fiscal do outro, em um ciclo onde a liberdade e o respeito aos direitos seriam dominantes, em oposição à tirania e à opressão.

Ambos os pensadores, Montesquieu e Rousseau, além de outros renomados da época, também deram origem ao que se compreende como *jusnaturalismo*, uma corrente jurídico-filosófica que compreendia que a origem das leis advinha da natureza e não do homem. Assim, embora o homem, para viver em sociedade, formulasse leis para a harmonia da sociedade, tais leis eram mutáveis e efêmeras, exceto aquelas pautadas nos direitos universais, que eram advindos da natureza e, por sua essência, imutáveis. São esses

direitos que serão posteriormente positivados após a revolução francesa, com a famosa Declaração. Tal ideal é tratado de forma magistral por Norberto Bobbio em sua obra *O Positivismo Jurídico* (Ícone Editora, 1995), onde o autor compara e aborda as principais questões tanto do *jusnaturalismo*, quanto do *positivismo jurídico*.

Tais pensadores iluministas, que tinham em suas filosofias o antagonismo ao absolutismo que viviam, defendiam também que a força do Estado não partia de uma autoridade pré-concebida, ou pela vontade de Deus, mas sim por uma ideia de convenção, onde toda a sociedade aceitava – em muitos casos de maneira tácita – o direito e a conjuntura política da sociedade em que vivia.

Dessa forma, é possível esboçar que a justiça, para o ideal iluminista, se debruçava em questões naturais, separando então o Estado da religião, trazendo no próprio sentido de direito e justiça os primeiros traços de laicidade. Assim, existiam alguns direitos que eram universais e cabiam a todos os seres humanos, em quaisquer condições. Além disso, os regimes de governo absolutistas não eram escolhidos por Deus, como acreditavam, muito menos tinham sua essência por alguma forma de autoridade, mas se mantinham por convenções virtuais da sociedade, que acatava as normas de convivência em um *contrato social*.

Urgiam, os iluministas, em delinear uma sociedade mais justa, que não seria aquela dos moldes em que viviam, mas uma sociedade onde houvesse a divisão dos poderes, na linha de Montesquieu, com independência e autonomia entre os três, onde o contrato social, rousseauiano, respeitasse os direitos naturais, tais quais a vida e a liberdade, por exemplo. Além disso, seria justa a sociedade que permitisse a liberdade religiosa, ainda mais em uma época onde além da gênese do pensamento laico, havia a ruptura já consolidada de novas vertentes cristãs com o catolicismo, e também a liberdade econômica, tendo cada cidadão a liberdade para trabalhar e produzir o que fosse cabível a si, pautados na obra de Smith, que seria como que um pontapé inicial para o capitalismo.

Entre os pensadores mais conhecidos do iluminismo, também vigorava a máxima da justiça como dar a cada um o que lhe é devido, na medida de suas necessidades, porém, a origem do merecimento de cada um partia tanto do esforço individual em busca-la, quanto nas raízes naturais que permitiam direitos iguais a todos os homens. Assim, mais uma vez, a influência da filosofia grega se via presente, embora já absorvida por uma corrente não ligada à religião, mas à própria essência da natureza.

A discussão sobre a origem das leis, seja de forma natural como acreditavam os iluministas, ou de fonte positiva, criada pelos homens, também é fruto de debates até os dias atuais, sem poder ainda se levantar uma resposta que agrade a ambos ou que justifique a predominância de um pensamento sobre o outro.

O que resta, entretanto, é que a influência iluminista seria substancial para as formulações dos conceitos de justiça que viriam posteriormente, posto que os ideais, mormente rousseauiano e de Montesquieu, seriam abraçados pelos movimentos revoltosos de 1789 em diante, exigindo então uma linha de governo onde os princípios iluministas seriam levados em consideração, postulando os defensores de que, assim, a sociedade seria muito mais justa, pois todos teriam um pé de igualdade frente ao mundo.

2.10. JUSTIÇA E DIREITO EM KANT

Apesar de termos abordado a questão da justiça sob a ótica iluminista no tópico anterior, como vimos, sempre amparada no pensamento racional e distante de apontamentos religiosos, é preciso um tópico específico para tratar do pensamento de um filósofo que viveu essa efervescência cultural do séc. XVIII, mas um pouco distante da França e – apesar de ter bebido das fontes do iluminismo – com ideias conflitantes às francesas que expusemos há pouco.

Trata-se de Immanuel Kant, um dos filósofos de maior envergadura da história da filosofia, alemão de Königsberg, que tratou, em sua obra filosófica, com maior afinco, temas como o esclarecimento do homem a partir da razão e a influência do mundo das ideias, a partir da metafísica dos costumes, no mundo real.

Não nos cabe aqui fazer imersões na obra kantiana, uma vez que a mesma, além de vasta, trata de inúmeros temas importantes, mas que no momento não são específicos da *justiça*, parte que nos interessa.

Com relação à *justiça*, então, Kant a aborda muito em sua obra mais renomada, *A Metafísica dos Costumes* (Fundação Calouste Gulbenkian, 2005), onde sua ideia filosófica do *imperativo categórico* é melhor desenvolvida e se vê maior maturidade no pensamento do alemão. Assim sendo, Kant aponta as diferenças entre termos como *direito*, *moral*, *ética* e *justiça*.

O *direito*, segundo Kant, seria uma ordenação de raiz externa, emanada pelo soberano através de leis positivas, mas que sofriam influência também das leis naturais, posto que, em sua visão, apenas racionalmente as leis se constituíam. Nesse sentido, aponta Weber (2013):

Ao propor uma metafísica, Kant está se referindo aos princípios a priori que orientam e dão conteúdo ao direito positivo, existente no espaço e tempo. Tentativa análoga ocorre na Fundamentação da Metafísica dos Costumes, só que em relação à moral. Nesta, o intuito é a determinação do princípio supremo de moralidade. Sendo a priori, esses princípios, tanto do Direito quanto da Moral, só podem originar-se da razão. Considerando que o direito positivo (as leis civis) enuncia o que é lícito ou ilícito, cabe à razão estabelecer, através de princípios, o critério a partir do qual se pode definir o que é justo ou injusto. Fixar esse critério é o propósito de uma “metafísica do direito”. Kant a faz preceder por uma “introdução à metafísica dos costumes”. (p. 39)

Portando, segundo essa orientação de pensamento, Kant defendia que a lei não determinaria o *justo* e o *injusto*, mas sim o *lícito* e o *ilícito*, tendo por base a legislação em vigor, baseada em preceitos racionais. O alemão também defendia que cabia ao indivíduo o arbítrio para acatar ou não tal lei, mas essa não se fazia por dever moral, posto que ele defendia a divisão entre o *direito* e a *ética*, onde o primeiro se tratava das leis externas onde o indivíduo acatava ou não através da concepção de *licitude* da mesma, cabendo então uma reflexão dentro de seu arbítrio, enquanto a segunda se tratava de uma concepção interna, onde o indivíduo se submetia ao *dever* de fazer ou deixar de fazer uma ação, pois a sua *ética* não se pautava na *licitude*, mas na razão lógica e particular de *justiça*. Sustenta Weber (2013) que:

O arbítrio, na medida em que é determinado pela razão pura, é arbítrio livre; enquanto determinado somente pelas inclinações, o arbítrio é bruto (*brutum*), próprio dos animais. Para que tenha valor moral, o arbítrio humano certamente pode ser “afetado” por estímulos

sensíveis, mas não pode ser “determinado” por eles. Kant registra o aspecto positivo e negativo do arbítrio: o negativo refere-se à “independência de sua determinação por estímulos sensíveis” (Kant, 1982, p. 317); o positivo diz respeito à determinação da razão pura como prática, isto é, que determina imediatamente a vontade. É a capacidade autolegisladora da razão. A vontade, por sua vez, não é livre nem não livre. Somente o arbítrio, considerando que dele provêm as máximas, pode ser livre (p. 39)

Doravante, para Kant, as leis externas se configuravam por uma questão de legitimação, enquanto as leis internas – a ética – se configurava com o *dever* de respeitar as leis, determinando as ações. No âmbito dessa distinção, demonstra Weber (2013):

Dessa forma, as leis morais (gênero) dividem-se em leis jurídicas e leis éticas (espécie). As leis jurídicas referem-se às ações “meramente externas” e à sua legitimação. É a liberdade externa. As leis éticas têm como fundamento de determinação das ações o respeito às leis. A conformidade das ações externas às leis jurídicas é a legalidade; a conformidade das ações às leis éticas é a moralidade (Moralität). Pela divisão apresentada, as leis jurídicas e as leis éticas são subclasses das leis morais (ver Almeida, 2006, p. 215; Nour, 2004b, p. 96; Beckenkamp, 2009, p. 68, 2003, p. 154). Kant confere, assim, às leis jurídicas um estatuto moral. O imperativo categórico, enunciado pela razão, diz respeito a ambos, direito e ética. (p. 40)

Não obstante, apesar de apontar as diferenças entre a ética e a lei positiva, Kant discorre da necessidade da lei positiva como ferramenta de coerção do Estado, uma vez que sustenta o alemão ser insuficiente apenas a ética para motivar o efetivo cumprimento dos contratos da sociedade. A lei positiva, ademais, seria responsável por se fazer cumprir os “ditames da razão”. (Weber, 2013, p. 40)

Essa visão legalista construída por Kant versa também a respeito de sua aversão às revoluções. A filosofia kantiana compreendia os atos de desobediência civil como uma afronta à ordem do Estado e a uma soberania constituída pela razão, sendo assim, de caráter injusto. Nessa linha, em sua dissertação de mestrado, Rafael Padilha dos Santos demonstra que:

Com efeito, a lei positiva deve sempre ser obedecida, ainda que contrarie os princípios racionais a priori, ou seja, Kant rejeita de plano a legitimidade de um direito de resistência, vai além, afirma que é um imperativo a obediência à autoridade atualmente no poder. No caso de contradição entre a doutrina do direito natural e a doutrina do direito positivo, a via de solução é indicada pela própria razão humana (pela doutrina do direito natural), pela menção de que tal lei injusta deve estar aberta a críticas, mas não ao seu descumprimento ou a atos subversivos (DOS SANTOS, 2011, p. 141)

Pois o alemão pressupõe que:

Se no estado civil a discordância do súdito em relação ao soberano no Estado pudesse ser traduzida em resistência ao poder instituído, então, esta autorização da resistência suporia a existência de um outro chefe que seja superior ao chefe supremo que atualmente detém o poder, o que revela intrínseca contradição: “Pois que aquele que deve limitar o poder estadual há de, decerto, ter mais poder, ou pelo menos o mesmo, que aquele cujo poder é limitado; [...] Mas então não é aquele mas este o chefe supremo; o que é contraditório (DOS SANTOS, 2011, p. 142)

Conceitua então o filósofo alemão como de caráter injusto qualquer resistência da sociedade contra seu soberano. Tal visão reacionária de Kant é o que mais lhe distancia dos pensadores contemporâneos a ele, mormente os franceses que acendiam o pavio do que seria, em breve, a Revolução Francesa.

Segundo Dos Santos (2011), além de injusta, qualquer noção de rebelião contra o poder do soberano também traria insegurança jurídica, o que na visão kantiana, se configura em um atentado contra a razão, logo, contra a humanidade.

O direito de resistência do povo em relação ao soberano representa uma injustiça, não contra o soberano, mas uma injustiça em seu grau mais elevado, porque torna insegura a constituição jurídica e aproxima todos de um estado de natureza, de completa ausência de leis (p. 142)

Afinal, esboçar um conceito de *justiça* a partir da obra kantiana é matéria árdua, posto que o filósofo sustenta uma visão antagônica das relações entre conceitos de *direito*, *justiça*, *ética* e *moral*. O que se pode levantar, a partir da leitura de suas obras e, principalmente, daqueles esforçados pesquisadores que se debruçaram para interpretar a sua obra, é que seu conceito de justiça está atrelado ao arbítrio de cada indivíduo de constituir, ancorado na razão, uma visão *ética* que lhe imporia o dever de respeitar determinadas leis. Além disso, como a sociedade advém de um contrato social, caberia ao Estado a criação de leis positivas, também sustentadas na razão, para apontar a licitude e a ilicitude de cada ação nesta comunidade, não sendo elas necessariamente justas ou injustas, posto que são geradas a partir de influências do direito natural – ou seja, leis universalmente aceitas – e postuladas por uma fonte racional. A valoração das leis, do agir, cabia ao indivíduo, que a partir de sua ética e arbítrio configurava o seu próprio *justo* e *injusto*, a partir dos seus imperativos categóricos. Todavia, ao crer algo injusto, não deveria revoltar-se

contra o soberano, mas, olhando para si, tentar esclarecer a razão de tal injustiça.

Por isso, diante de qualquer insatisfação com atos do Estado, o indivíduo não deve pensar em revoltar-se, antes, deve voltar-se para dentro de si mesmo, cultivando-se na via do esclarecimento para, bem formado, apontar suas razões, como propugna Kant: *Sapere aude!* Tem a ousadia de fazer uso de teu próprio esclarecimento – tal é o lema do Esclarecimento (DOS SANTOS, 2011, pág. 144)

Pode-se sustentar, então, até um certo caráter socrático na visão kantiana em relação à justiça, com uma revisão do “*conhece-se te a ti mesmo*”, desta vez pautado em critérios racionais e, como gostava Kant, esclarecidos.

2.11. O VELHO E O NOVO: A REVOLUÇÃO FRANCESA E O PERÍODO NAPOLEÔNICO

No ano de 1789, todas as estruturas da sociedade estabelecida no Ocidente tremeram frente a um dos grandes eventos da história: A Revolução Francesa. Trata-se de um evento tão grande e difuso que até os historiadores mais renomados, atuais ou do passado, têm certa dificuldade de compreender com exatidão o surgimento da mesma. Hobsbawm (Paz e Terra, 2007), um dos historiadores de maior envergadura dos últimos anos, conceituava a Revolução Francesa como um *fenômeno*, tamanha a dificuldade de decifrar as minúcias que culminaram no evento.

Em tese, sustenta-se que alguns fatores contribuíram para o êxito do movimento. A efusão do movimento iluminista, como discutimos há pouco, é um deles, conquanto que a visão pautada na razão, com o homem como centro das atenções e uma guinada para o direito natural, sustentando direitos comuns a todos e a ilegitimidade de governos absolutistas por sua essência “divina” – conceituados na época pelo termo *Anciën Régime*-, confrontando a autoridade destes, começou a se difundir entre a burguesia, que se encontrava de certa forma oprimida pela nobreza e pelo Estado absolutista que não permitia o seu pleno desenvolvimento econômico. Daí advém outra razão, a econômica. A burguesia e o feudalismo já ultrapassados contribuíam para uma nova formação econômica, de caráter pré-capitalista. O comércio em escala global e o desenvolvimento tecnológico nas produções, que culminariam, na Inglaterra, com a revolução industrial, já pediam passagem numa realidade

mitigada por um Estado concentrado nas mãos de um monarca absoluto e com uma nobreza debruçada sobre o feudalismo. Assim, o burguês francês, lendo Smith, lendo os iluministas conterrâneos, urgia por mudanças na sociedade, na ânsia de atender a seus próprios interesses. Para isso, contou com o apoio das camadas baixas da população, que adentravam na retórica burguesa e se viravam contra as opressões do Estado absolutista. O discurso de igualdade entre os homens fazia brilhar os olhos daqueles cuja vida se pautava em muitas – e exaustivas - horas de trabalho durante a semana, com um mísero dia de folga para poder rezar. Uma vida que era dominada pela fome e pela sujeição a um Estado que dizia ser a autoridade sobre todos.

Doravante, tais razões foram se inflando até o ponto de combustão, donde se deflagrou a Revolução. O povo às ruas, os monarcas na guilhotina ou no exílio, e diversas correntes burguesas brigando entre si pela legitimidade do poder após o sucesso da Revolução. Sim, eram diversas as correntes que concorriam para o êxito da revolução: reacionários, revolucionários, a plebe, a burguesia, os maçônicos, todos figuram como importantes elementos na vitória revolucionária, mas cada grupo com suas visões construídas – e difusas entre si – de como seria a França – e o mundo – após a revolução.

Da briga pelo poder após o sucesso da revolução, cabe menção ao período do *terror*. É nesse período, comandado por Robespierre, um dos elementos mais hostis da revolução, radical no seu ideal de combate ao absolutismo e à burguesia e ao clero, que ocorrem inúmeras execuções e um regime de controle tirânico da sociedade.

A plebe e parte da burguesia que almejava maior liberdade, principalmente após a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* (1789), o tão sonhado passo adiante no combate à opressão absolutista, viu-se traída e disposta em um regime tirânico onde não era necessário muito para parar na guilhotina. O período foi tão intenso que muitos dos próprios líderes da revolução foram condenados, executados ou assassinados por outros membros da própria revolução.

Para além das disputas internas francesas durante a revolução, e mesmo após sua consolidação, o ideal iluminista não se ateve apenas na

França. Era vontade dos líderes no poder em levar a razão das luzes para toda a Europa, de forma que se iniciou uma campanha militar com o intuito de combater os Estados absolutistas, o que alarmou prussianos, russos e ingleses, que temiam a expansão dessa revolução em seus territórios, e se juntaram para dissolver tais aspectos, declarando guerra à França. Não obstante, enquanto combatia internamente para solidificar a revolução e legitimá-la aos quatro cantos do território francês, também mandava os regimentos para o exterior, com a bandeira de levar *liberdade, igualdade e fraternidade* a todos os povos. Toda essa amálgama revolucionária seria fortemente criticada por um contemporâneo da época, Alexis de Tocqueville, que acusaria a tirania do pós-revolução e as contradições entre os ideais defendidos e os fatos ocorridos.

Nesse período conturbado da história francesa, surge uma figura que também colocaria seu nome por toda a eternidade da história. Um jovem general francês, com táticas ousadas de batalha e uma mente astuta no tocante à política, que usa de suas artimanhas políticas e de sua influência bélica para urgir como líder francês nesse período entre a ascensão da revolução francesa, a luta para sua consolidação interna e a campanha externa para alcançar todo o Ocidente com o ideal iluminista: trata-se de Napoleão Bonaparte.

É com Napoleão que a França vive seu período de maior sucesso militar, posto que o general conseguiu vencer forças conjuntas de prussianos, espanhóis, portugueses, ingleses, dentre outros, colocando sob sua esfera de influência um território que abarcaria grande parte da Europa e também o norte da África.

Orgulhoso de seu sucesso e confiante em mantê-lo, declara-se Imperador, colocando familiares e pessoas de confiança na regência dos territórios conquistados e, com mão de ferro, controlando os conflitos internos de seu império e também as questões bélicas na contínua guerra contra os Estados absolutistas, desta vez condensados na Prússia, na Rússia e na Inglaterra, em conflito que duraria mais de uma década.

Com a queda de Napoleão em 1815, após a batalha de Waterloo, pôs-se fim ao movimento da revolução francesa, restituindo-se a monarquia e novos Estados absolutistas nos territórios outrora conquistados. Na França, tal regime vigoraria até 1848, quando outra revolução se deflagraria. Apesar da derrota napoleônica e, também, dos revolucionários de 1789, seus ideais permaneceram na sociedade, e, o mundo nunca mais foi o mesmo.

No tocante à justiça, cabem duas considerações: a primeira sobre o período de conflitos da revolução francesa, com a ascensão de Robespierre e seus partidários ao poder e a própria ruptura da França com a legislação vigente e a outorga de novos ditames, o que configuraria uma nova visão de justiça, demonstrando até onde foi introduzida e até onde foi corrompida pelos novos governantes. A segunda consideração cabe às transformações jurídicas e no conceito de justiça que surgem com o governo napoleônico, uma vez instituído seu Império. É importante tecer comentários sobre as alterações que ambos os momentos acarretaram e de que forma sobreviveram e refletem no mundo presente.

Se a Revolução Francesa foi a vitória do pensamento iluminista sobre o que chamavam de Antigo Regime, uma nova *era* era necessária. Para fincar os novos conceitos de justiça, de raiz iluminista, surgiu a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* (1789) ainda no ano em que o estopim do movimento se deflorou, com a icônica queda da Bastilha. Através dessa *declaração*, os revolucionários quebravam a relação de Deus com o homem, conceituando ser a liberdade a vida e o governo um direito de todos, sem distinções, não havendo mais a figura da hierarquização tão recorrente nas monarquias. A pirâmide estrutural que se fortalecia desde o medievo, ruía. Assim, a nova justiça se pautava em *liberdade, igualdade e fraternidade*, onde a sociedade deveria ter cidadãos livres, com iguais direitos e fraternos entre si, pois assim ditava o direito natural, assim ditava a razão e a justiça só se sustentaria em regimes dessa forma.

O caráter tripartite de poderes teorizado por Montesquieu deveria ser adotado, pois a fiscalização de um poder pelo outro, cada um com sua atribuição, era caráter da *igualdade* e também seria imprescindível para a manutenção da *liberdade*. O contrato social, desse ponto em diante, como

preconizara Rousseau, só seria válido se levasse em consideração os direitos da *declaração*. Qualquer sociedade que não proporcionasse os lemas ditados pelos revoltosos, amparados na razão e alicerçados nas luzes e na natureza do homem, seriam rechaçados e vencidos nos campos de batalha, pois havia de se sustentar um novo tempo, longe das opressões.

Na prática, todavia, isso não ocorreu conforme se planejava a música. O que se viu, na realidade, foi, para usar o termo de Agamben (Boitempo, 2004), um *regime de exceção*, com perseguição aos opositores políticos e execuções em massa, opressão de algumas camadas da sociedade e, apesar da queda do absolutismo, havia ainda a concentração do poder em poucas mãos.

Deslumbrados pelos ideais da revolução, algumas figuras importantes do movimento revolucionário acreditaram estar sob posse de poderes ilimitados para fazer um novo regime a qualquer custo. Assim, a massiva violação dos próprios direitos declarados era evidente, cabendo mais a retórica revolucionária e o *ato* de derrotar o Estado absolutista como os maiores pontos que sobreviveram na história, ao invés das inúmeras injustiças praticadas pelos revolucionários. Praticava-se a injustiça como forma de obter a justiça, atizados pelo fogo revolucionário, o que causou uma grande decepção entre muitos partidários do movimento. Resumindo, a atuação dos revolucionários não preponderou tanto nos reflexos que atingem a atualidade histórica tanto quanto os discursos e as declarações por eles elaboradas. O que mudou a forma de pensar do mundo, trazendo a razão e o iluminismo à tona, foi mais o discurso do que a atuação para a solidificação do discurso em prática, uma vez que a prática desse discurso por seus líderes culminou em tirania.

Complexa e curiosa como é a história, coube ao Imperador, figura central e reforçada em plenos poderes, a elaboração de normas que pudessem, de alguma forma, positivar e dar eficácia aos direitos evidenciados pela *declaração* revolucionária. Foi com Napoleão então, já pacificada a lide interna pelo controle do poder pós-revolucionário, já com grandiosas conquistas na guerra contra os inimigos da revolução, que se desenvolveram técnicas e ordenações capazes de gerar a segurança jurídica – com exceções, afinal, o Imperador mantinha fortes poderes em suas mãos e os usava em sua defesa – que se almejava na explosão da revolução.

O Código Napoleônico, não obstante, além de imensurável influência nas ordenações jurídicas posteriores, foi um marco na elaboração de direitos civis no âmbito de consolidar novos ideais e, a partir disso, solidificar uma nova visão de justiça iniciada pela *declaração*, mas ainda não efetivada na prática, mas meramente em discursos.

2.12. JUSTIÇA, TEORIA E PRÁTICA EM MARX

Marx talvez seja o pensador mais controverso de toda a história, se não, ao menos do séc. XIX em diante, é. Suas teorias são de uma densidade tamanha que milhares de pensadores se debruçaram sobre sua obra sem chegar a um consenso interpretativo sobre seus interesses. Assim, as linhas marxistas se discutem, convergem e divergem entre si.

A vastidão da obra marxiana se construiu em diversas áreas do conhecimento, dessa feita, é possível encontrar nos livros de Marx – e também naqueles com a coautoria de Engels – passagens sobre a história, a economia, a filosofia, o direito, a psicologia, a política, ou seja, sobre quase tudo.

É sabido que foi a partir dos textos de Marx que se esboçou o ideal comunista que seria difundido por todo o mundo nas décadas seguintes, ideal que seria testado em algumas nações e fracassado em todas, dando origem a regimes totalitários, marcados por perseguições, execuções e supressão das liberdades.

De maneira muito superficial, não cabendo aqui, infelizmente, um aprofundamento maior sobre suas teorias, cabe denotar que na esfera econômica, sua teoria se pautava em demonstrar as desigualdades nas relações de poder, onde o trabalhador gastava quase a totalidade do seu dia produzindo bens que seriam utilizados pelo seu patrão para lucrar, nesse tempo, enquanto lucrava o patrão, o trabalhador recebia um salário e uma condição de vida miserável, e com seu dinheiro, devia manter o seu sustento e também o de sua família. Assim, nessa desigualdade apontada, uma forte crítica ao capitalismo se instaurou, com a superação da mesma, formulada por Marx, através do comunismo.

Para área histórica, sua contribuição é predominante, mormente pela ideia de *luta de classes*. Na teoria marxiana, ele propôs que em toda a história da humanidade, as estruturas sociais se dividiam em uma classe dominante e uma classe dominada, que se conflitavam continuamente pelas alças do poder. Tal teoria foi amplamente aceita pela sua configuração verificável do ponto de vista empírico, causando uma nova visão muito ramificada entre os historiadores posteriores, embasados nessa visão materialista e de luta de classes.

Para o âmbito da justiça, Marx também teceu alguns comentários, dos quais conversam com toda a sua teoria filosófica, daí a necessidade da superficial explicação acima de algumas bases de sua teoria.

Segundo alguns pensadores, que dedicaram suas carreiras à compreensão do pensamento marxista, a obra de Marx no tocante à justiça busca compreender o sentido Aristotélico de equidade para esmiuçar uma impossibilidade da mesma, pois, segundo o alemão, em uma disputa onde as duas partes tivessem condições equilibradas, prevaleceria a força. Dessa feita, aborda a *justiça* a partir de um ideal de troca, onde uma parte cede algo a outra e esta cede algo àquela, de forma que a troca mútua possa gerar algo *justo*.

Nesse sentido, aponta Albinati (2009):

A nosso ver, é disso que se trata na abordagem de Marx sobre a justiça: da possibilidade de novas formas de equilíbrio social. A precedência das condições objetivas para tanto é reiterada por Marx como possibilidade (e evidentemente não como condição suficiente) para que se efetue uma mudança de horizonte que torne possível a emergência de uma nova idéia de justiça, completamente desvinculada de uma medida única, impensável numa sociabilidade dos equivalentes, como é a sociabilidade burguesa (p. 8)

E que:

A idéia de justiça em Marx não significa um ideal de justiça a ser alcançado em virtude de uma dada natureza humana ou de uma filosofia da história de caráter escatológico. Diferentemente, parece-nos tratar de uma possibilidade que se vincula à expansão da capacidade produtiva social, uma vez regulada em outras bases societárias. A ideia de justiça em Marx rompe com a métrica do equivalente, porque acompanha a superação histórico-social dessa medida. Essa possibilidade é antevista pelo autor a partir da compreensão de que as contradições do modo de produção capitalista, basicamente o suporte do valor sobre o tempo de trabalho e a constante redução desse tempo necessário em virtude do desenvolvimento das forças produtivas, acabaria por “lançar aos

ares” as premissas objetivas sobre as quais se edificaram as noções jurídicas modernas. (p. 9)

Assim, na concepção do filósofo alemão, a questão da justiça está vinculada como um meio para uma finalidade *além* da justiça. Qual seja, a superação do modo de produção capitalista ensejaria uma capacidade de superar a justiça e alcançar então um estrato social onde não deveria de haver justiça pois a própria essência das estruturas não permitiria nenhuma injustiça.

Seus ideais foram amalgamados, reinterpretados – alguns até defendem que deturpados -, mas o que se viu nos regimes que pretenderam levar à prática a filosofia marxiana foi uma chancela da opressão daqueles que tomaram o poder contra aqueles que o perderam. Assim, embora seja difícil precisar a praticidade das ideias de Marx, no campo teórico elas se revelam acertadas em muitas esferas.

Uma visão empírica dessa afirmação subsiste na sua teoria da luta de classes. Os regimes que tentaram colocar Marx em prática não superaram o regime capitalista de forma a condicionar o *além* da justiça, mas mantiveram a outra teoria marxista, a da luta de classes, pois a classe dominada, quando assumiu o poder, apenas se transformou na classe dominante, oprimindo a que outrora se encontrava vigorosa e que agora se recompunha como dominada. A superação filosófica proposta para além da justiça não se configurou, o que restou, infelizmente, foi a propagação de ainda mais injustiças.

2.13. JUSTIÇA E MORAL EM NIETZSCHE

Caminhamos para os tópicos finais deste capítulo, donde podemos esmiuçar diversas teorias de justiça que surgiram na grande roda da história. Já adentrando numa visão mais moderna de justiça, é imprescindível não citar a obra de Friedrich Nietzsche, um dos mais renomados filósofos alemães, conhecido por suas críticas às vertentes gregas da filosofia e, muito mais frequente, ao cristianismo.

Falar da filosofia de Nietzsche é adentrar em um terreno obscuro, no qual, ao centro se encontra a figura de seu *super-homem*, com seu machado em mãos, desferindo golpes em toda a construção filosófica, política e social do ocidente, com os olhos em ardente raiva contra os preceitos cristãos e

descrente nas razões da essência humana, considerando a ausência de sentido na vida.

Suas visões de mundo, elucubradas em sua extensa obra, tratam, assim como Marx, das mais variadas áreas do conhecimento, de forma que se encontram escritos seus sobre economia, política, psicologia, religião, filologia, ciência, história, dentre outras. Apesar de sua formação na área da filologia, o que se evidencia na sua obra com as diversas análises conceituais que compreende, esboçando magistrais análises etimológicas, foi na área filosófica que se destacou, embora de maneira póstuma. Já enunciava o pensador, que conviveu a vida toda com fortíssimas enxaquecas e problemas de visão que culminaram por deixá-lo cego e à beira da insanidade em seus últimos dias, de que sua filosofia era para o futuro e não para o presente. Não muito renomado em seus tempos, encontrou seu prestígio no século XX, adentrando no século XXI como um dos filósofos mais lidos do mundo.

Ao que nos cabe, a questão da justiça, foi muito discutida na obra nietzscheana. O autor cita a justiça em quase todos os seus livros e dedica dois, *Genealogia da Moral* (Cia das Letras, 2017) e *Além do bem e do mal* (Cia das Letras, 2005), para tratar exclusivamente desse assunto, concomitante era de grande valia para Nietzsche a compreensão da *moral* para então construir sua visão de *justiça*.

Em *Genealogia da Moral* (Cia das Letras, 2017), o filósofo se propôs, como diz o título, em observar a gênese da moral que se estabelecia no Ocidente durante o período de sua vida. Buscou, dentro do livro, na Grécia Antiga a raiz da moralidade ocidental, sustentando que os gregos dessa época, tomados de poder, propunham condutas sociais que eram então alvo de cópia pelas camadas menos favorecidas – cabe salientar que a análise de Nietzsche, nesse ponto, conversa com a teoria de luta de classes marxista. Assim, o modelo de comportamento foi moldando e se expandindo na sociedade, atingindo todas as camadas. Munidas dessa característica, as “elites” gregas passavam então a demandar sobre o certo e o errado, criando um conceito moral pautado na vontade de um grupo social sobre outro. Para Nietzsche, todavia, há uma mudança nesse método, em Roma, quando o cristianismo

passa a dominar o cenário oficial romano. Com a Igreja Católica, a concepção de certo e errado passa a ter um crivo invertido, pelo próprio exemplo de Cristo.

Com isso, a ideia de valores outorgados por uma classe dominante, como exemplo moral a ser seguido pelas demais esferas da sociedade, sofre a inversão, pois, a exemplo da vida de Cristo, a moral passa a emanar dos pobres, daqueles que abriam mão de suas posses terrenas com a finalidade de alcançar a paz espiritual, o contato com Deus. Para Nietzsche, a moral cristã traz um retrocesso à própria essência do ser humano, posto que os valores que considerava de grande valia, tais quais a destreza, a autonomia e a vontade, são subjugadas por valores como a renúncia e a penitência. Para um ateu como Nietzsche, que não acreditava em um *além*, era inconcebível ao homem abrir mão de sua vida terrena pelos dogmas religiosos, assim, em sua teoria *niilista*, via a vida como algo sem sentido, caótica em si e única.

Nas poucas referências religiosas que abarca, trata do *eterno retorno* judeu, ideia que para ele era o pior dos infernos, pois seria uma situação em que o homem retornaria eternamente a viver toda sua vida, da mesma forma que viveu, tendo consciência de tudo que está vivendo novamente e sem poder fazer nada. Assim, aquele que viveu uma vida proveitosa, teria a justiça de revivê-la, porquanto, a grande maioria dos homens, que abria mão de suas vidas por sacrifícios, estes teriam a penosidade de revivê-la sempre.

Já em *Além do bem e do mal* (Companhia das Letras, 2005), Nietzsche aborda diversas críticas a outros filósofos, a concepções políticas e religiosas, com extensas críticas ao cristianismo, como de praxe, e também com muitos aforismos. No tocante à moral, e, conseqüentemente, em sua visão de justiça, tece insistentes críticas à moral cristã, comparando-a com alguns aspectos morais orientais, deixando implícito que não compreendia onde se pautaria a justiça na moral cristã, uma vez consolidada em ideias de *além* morte, sem nenhuma mera comprovação da possibilidade de usufruir, uma vez que os mistérios da morte ainda são desconhecidos.

Para combater a moral cristã, para trazer a palavra da verdade, Nietzsche traz o profeta Zaratustra, na sua obra *Assim Falou Zaratustra* (Martin Claret, 2009), na qual aborda a descida do profeta dos montes para trazer as

boas novas aos homens, a chegada do *super-homem*, que seria um homem renovado na escala valorativa, combativo, crítico e contrário dos valores morais cristãos, mas embebido na mais honrosa valoração dos antigos deuses gregos. Astuto, brilhante, forte e intelectual, seria o futuro da humanidade se abandonassem essa visão pautada na cosmogonia cristã e aceitassem a vida terrena que lhes era atribuída.

Se remonta o ideal de justiça em Nietzsche (apud Albinati, 2009), quando defende que:

A justiça (equidade) tem origem entre homens de aproximadamente o mesmo poder, como Tucídides (no terrível diálogo entre os enviados atenienses e mélios) corretamente percebeu: quando não existe preponderância claramente reconhecível, e um combate resultaria em prejuízo inconsequente para os dois lados, surge a idéia de se entender e de negociar as pretensões de cada lado: a troca é o caráter inicial da justiça. Cada um satisfaz o outro, ao receber aquilo que estima mais que o outro. Um dá ao outro o que ele quer, para tê-lo como seu a partir de então, e por sua vez recebe o desejado. A justiça é, portanto, retribuição e intercâmbio sob o pressuposto de um poderio mais ou menos igual (pág. 6)

Pode-se considerar, portanto, que a *justiça* em Nietzsche tem um caráter valorativo que, por sua vez, tem como origem características de povos antigos, tais quais os gregos, contrário à versão de justiça predominante na moral católica e disseminada pelo Ocidente. Sua tese, palpada no mundo terreno, desprovida de divindades – afinal, o homem matou a Deus -, concebe a *justiça* como um fruto de trocas dentro do espaço temporal e limitado que se configura em sua vida. Depois da vida, só há o nada e o abismo, e, como dizia o próprio, olhar muito ao abismo era perigoso, pois havia o risco de o abismo olhar de volta a ti.

2.14. A JUSTIÇA UTILITARISTA

Por muito tempo se acreditou que um dos objetivos da sociedade, de forma estoica, se ancorava no dever de promover o alcance da felicidade a todos. Há quem ainda defenda esse ponto de vista como o central na razão da existência humana.

Essa linha de pensamento, surgida em remotos tempos numa Grécia aclamada pela riqueza cultural que desenvolveu, foi se expandindo e mudando conforma as eras se sobrepunham, umas às outras.

No séc. XVIII, um filósofo inglês, Jeremy Bentham, partiu da premissa de um *bem estar* como questão fulcral da existência humana, para desenvolver uma teoria onde a sociedade deveria pautar todas as suas decisões buscando o bem maior, ou seja, o bem que atingisse mais sujeitos.

A teoria, que ficou conhecida como *utilitarismo*, foi logo recebida e amplamente divulgada – e aceita – por muitos. Tratava-se de uma premissa simples, onde, as decisões da vida humana só deveriam levar em consideração o que preponderava como melhor. Parece simples, mas, a critério de exemplo, ficam as hipóteses de Michael J. Sandel, que em sua obra *Justiça: O que é fazer a coisa certa?* (Civilização Brasileira, 2014), procura tratar de diversos conceitos de justiça a partir de casos onde se encontram difíceis as tomadas de decisão pelo conflito alto de interesse entre a escolha x e a escolha y. Além disso, sua obra faz uma forte crítica ao pensamento utilitarista, demonstrando, através desses exemplos, a ineficácia de tal formulação.

Então, se para o utilitarismo seria razoável a escolha que propusesse maior bem a todos, como definir em uma situação onde se encontram três jovens amarrados em uma linha de trem de um lado e do outro apenas um velho senhor, porém, este senhor se trata de um grande cientista com estudos profundos que beneficiam a sociedade e o sujeito tem como fazer a escolha de qual lado, através de uma bifurcação, o trem deve passar. Como levantar a melhor escolha nessa hipótese? Através de formulações como essas que Sandel (Civilização Brasileira, 2014), procura refutar o pensamento utilitarista.

Esses casos difíceis (*hard cases*) serão também tratados posteriormente por Ronald Dworkin, que vem a elaborar uma teoria de justiça capaz de dar uma aplicação lógica, racional e “justa” onde houver esse grande conflito de interesses.

Se Bentham deu o pontapé inicial no tocante à justiça utilitarista, Stuart Mill, já no século XIX, pôde atrelar novas minúcias na teoria, adentrando numa concepção utilitarista que partia do liberalismo consolidado de sua época, promovendo a ideia de uma ética utilitarista.

Stuart Mill trouxe à baila a visão maquiavélica dos fins que justificam os meios, como uma forma da própria sociedade se organizar tendo em vista o maior bem comum. Segundo a lógica de Mill, no âmbito de buscar a maior felicidade e bem comum para a sociedade, é justificável o ato que prejudique a poucos. O exemplo clássico é de uma guerra onde um lado descobre uma fraqueza nas linhas do inimigo, assim, um pequeno grupo de soldados adentra na linha inimiga, com o risco alto de sacrifício, mas com a finalidade maior de dar fim à guerra e, conseqüentemente, preservar uma quantidade muito maior de pessoas.¹⁴

Assim, embora de início sua visão utilitarista tenha sido fortemente rechaçada por seus leitores, as explicações de Mill a respeito da ética utilitarista, amparada numa forma de promoção da justiça ao maior bem comum, conseguiu alavancar uma boa base de seguidores.

A lógica utilitarista ainda é muito presente na sociedade em dias contemporâneos, sendo possível em muitos casos ouvir posições que defendem arduamente a supressão de uma coisa tendo por finalidade o maior bem comum. O discurso foi instaurado, mas, devidamente criticado no período de *neoconstitucionalismo*, mormente após a segunda guerra mundial, quando a visão de prevalência dos direitos humanos e respeito a opiniões minoritárias, num sentido de justiça mais abrangente, passou a conflitar com o enunciado utilitarista.

Outrossim, embora permaneçam resquícios do pensamento utilitarista disseminados nas sociedades atuais, é uma linha teórica comumente criticada e combatida, pois, entende-se a sociedade atual, em suma, como pluralista e incabível de justificar os meios apresentando os fins.

2.15. JUSTIÇA E EQUIDADE EM JOHN RAWLS

Já na esteira do século XX, marcado em sua primeira metade por tragédias, vide primeira e segunda guerras mundiais, ascensão do totalitarismo, holocausto, uso de bombas atômicas e a depressão econômica,

¹⁴ A teoria da ética utilitarista de Stuart Mill é concisa e brilhantemente explicada neste curto vídeo disponível no YouTube: << <https://www.youtube.com/watch?v=Qu5IEHdaLjc>>>. Acesso em abr. 2020

surgem novos estudos no âmbito de encontrar, após tanta miséria e desgraça, uma saída para que pudesse emergir, novamente, uma sociedade justa.

Nesse contexto, nos Estados Unidos, já no início dos anos 1970, surge a teoria de justiça formulada por John Rawls. O norteamericano havia vivenciado boa parte das terríveis experiências citadas no último parágrafo, e, portanto, buscava, através dos seus estudos, conceber uma ideia de justiça e de sociedade que pudesse ser palpável a todos.

Para idealizar sua ideia de justiça, o jusfilósofo gerou o conceito de *véu da ignorância*, uma situação em que o ser humano, para compreender as injustiças do mundo, se imagina em uma posição pré-nascimento, envolto em um véu de ignorância, sem saber onde nascerá e em que condições virá a conviver na Terra, assim, como em uma loteria, seria fadado a uma vida que poderia tanto ser muito boa, quanto ser muito ruim. A pessoa, tomada desse véu de ignorância, sabendo das possibilidades boas e más da sua vinda à Terra, desejaria estipular regras para essa “loteria”, de forma que condições mais favoráveis ao determinar onde nasceria, lhe fossem concedidas. É nessa linha que Rawls defende que não falta ao ser humano a capacidade de compreender o que é justo e o que é injusto, posto que essas “regras da loteria” seriam justamente os pontos onde o sujeito já apontou haver diversas injustiças.

Rawls propunha, então, que aqueles que se dedicassem ao engendramento da justiça, deveriam fazer esse exercício do *véu da ignorância*, como método eficaz para observar as injustiças da sociedade, e, a partir disso, colaborar para a construção de uma sociedade mais justa.

Soares (2003), aponta que:

A sociedade, segundo Rawls (2003, p. 8-9), como sistema equitativo de cooperação social significa que a colaboração entre os cidadãos guia-se por regras e procedimentos públicos reconhecidos; que cada participante aceita a ideia de cooperação, num sentido de reciprocidade ou mutualidade, consistente em que cada cidadão que contribua para a sociedade deve se beneficiar da cooperação, segundo as regras e procedimentos estabelecidos. (p. 238)

E também que:

Por sua vez, a estrutura básica da sociedade, para Rawls (2003, p. 1316), seria organizada por um princípio de cooperação em que as

principais instituições políticas, sociais e econômicas da sociedade se articulariam para formar um sistema único de cooperação social. Assim atuariam de forma concertada para distribuírem direitos e deveres básicos, bem como determinariam a divisão das vantagens provenientes da cooperação social, no transcorrer de uma geração até a seguinte. (p. 238)

Portanto, a partir do momento em que a sociedade se configura no intuito de “vestir” o *véu da ignorância* para promover uma sociedade mais justa, Rawls esboça que essa configuração se daria através de um estado de cooperação, donde as esferas privadas e públicas deveriam convergir nas medidas adotadas como modo de manutenção da justiça. Dessa forma, não haveria necessidade, para o filósofo, de abrir mão de liberdades em nome da igualdade.

Rawls, que era um exímio estatístico, compreendeu que as injustiças estavam conexas com a desigualdade social, mormente pelos dados que levantou da situação estadunidense, mas também tinha em mente que o capitalismo em que se viu envolto não seria facilmente superado, posto que era já intrínseco à sociedade em que vivia, que pregava um sistema meritocrático como eficiente e de alcance a todos, o que ficou conhecido como *american way of life*. Dessa forma, superar o capitalismo não era algo razoável de se esperar, mas a conjunção do espírito capitalista com medidas de cooperação entre todas as escalas da sociedade poderiam funcionar na finalidade de promover um Estado mais justo. Isso pois:

Para Rawls (2002a, p. 3-4), a justiça é a primeira virtude das instituições sociais, como a verdade o é dos sistemas de pensamento. Com essa formulação, Rawls concede à justiça um papel fundamental, no sentido de atribuir direitos e deveres básicos na sociedade, bem como a distribuição apropriada dos benefícios e encargos da cooperação social. Assim sendo, considera a justiça, assim como a verdade, vigas mestras de sua teoria, no sentido de a justiça negar que a perda da liberdade de alguns se justifique por um bem maior partilhado por outros. (SOARES, 2003, p. 238)

Portanto,

o referido filósofo do liberalismo busca fazer, por sua teoria da justiça, uma correção das injustiças sociais no seio do capitalismo tardio, antes por meio de uma concepção moral, posteriormente reformulada para uma concepção política de justiça, apta a especificar os termos equitativos de cooperação social, entre cidadãos livres e iguais e membros plenamente cooperativos de uma sociedade democrática bem-ordenada (p. 237)

Assim, sua *justiça como equidade* (Martins Fontes, 2003) se pautava na transformação da sociedade já constituída, elucidando que através de um exercício de empatia e alteridade – o último conceito na esteira do uso de Todorov -, era possível que a sociedade se tornasse mais *justa*.

Tinha, o filósofo, um pensamento próximo do aristotélico, em que atribuía à justiça o dever de dar a cada um o que lhe era devido, na medida de suas necessidades, mas, amalgamado pelas vicissitudes da sociedade contemporânea, tal conceito deveria se ajustar.

Trazia ao campo jurídico e político um teor moral, que seria rechaçado posteriormente pelos hermenêuticos, posto que defendem, estes últimos, a separação total entre direito e moral, cabendo, dentro da esfera jurídica, apenas a interpretação de acordo com a vontade da lei.

Nesse sentido, abarcando moralismos dentro do direito, Rawls postulava que:

uma teoria, por mais requintada que seja, deva ser rejeitada ou alterada se não for verdadeira; da mesma forma, as leis e as instituições, mesmo sendo eficazes e bem concebidas, devem ser reformadas ou abolidas se forem injustas. Além disso, pensa que numa sociedade justa as liberdades da cidadania igual devam ser consideradas invioláveis, e os direitos assegurados pela justiça não devam se sujeitar a negociações políticas, nem a cálculo de interesses escusos. (SOARES, 2003, p. 238)

Doravante, acreditava que através do método que desenvolveu, apesar da confusão entre direito e moral, prevaleceria a justiça, pois o uso do seu *véu da ignorância* permitiria o efetivo exercício de combate à injustiça, não restando opções, através da cooperação social, para o surgimento de legislações novas que não fossem valoradas como justas. Assim, cessaria a confusão entre direito e moral, uma vez que toda lei, advinda do seu processo de *justice as fairness* não daria espaço para injustiças.

2.16. DWORKIN, ALEXY E A JUSTIÇA PRINCIPIOLÓGICA

Na segunda metade do século XX, o direito se encontra em um amplo debate a respeito de sua própria essência enquanto ciência. As postulações dos positivistas que defendiam a lei como a única fonte para a interpretação do direito, sendo dela emanada a vontade dos povos, conflitavam com as visões

jusnaturalistas, de raízes iluministas, que viam normas de natureza universal que atingiam a todos os homens e, portanto, não poderia se pautar apenas na letra da lei a organização do Estado.

O advento da segunda guerra mundial, os horrores do holocausto, a ascensão e ruína do fascismo e do nazismo, para além da manutenção de um regime totalitário na União Soviética, foram contextos políticos importantes para uma época de crise no direito. A crise se fazia pela impotência do direito em proporcionar a famigerada *justiça* de maneira devida aos povos.

Os julgamentos de Nuremberg, por exemplo, evidenciaram uma falha no pensamento positivista, posto que a mera observação da lei como fonte organizadora do Estado permitiria o advento de regimes de cunho totalitário, como ocorreu, no caso, na Alemanha nacional-socialista. O argumento de alguns dos acusados no tribunal fora de mera ação em conformidade com a lei, o que não deixava de ser um argumento palpável, não fosse tamanha a atrocidade perpetuada através dessas ações.

É nesse contexto que surgem novas ideias a respeito das conexões entre direito e justiça. Uma delas, célebre no direito, teoriza a respeito da força da norma constitucional, hierarquizando as leis em uma escala que partiria da norma maior, esta munida de força para prevalecer caso houvesse conflito com qualquer outra. Trata-se da teoria formulada por Kelsen, a sua famosa *teoria pura do direito*.

Kelsen, um dos percursores do pensamento constitucional, que conseguiu formular um método capaz de diagramar uma estrutura jurídica a partir da norma *fundamental*, estabeleceu, de certa forma, ao lado de Miguel Reale com sua *teoria tridimensional do direito*, a munição necessária para os Estados constitucionais e seus processos legislativos no pós-segunda guerra mundial.

Enquanto Kelsen defendia o direito autônomo, livre das influências éticas, morais, filosóficas, etc., consolidando o direito como força independente e digna de obediência por parte de sua população, reconhecia que o fundamento dessa força de lei não provinha de raízes racionais, naturais ou divinas, mas sim de uma hipotética força fundamentada na própria norma

maior. Seu pensamento, de matriz positivista, seria usufruído para a organização das Constituições de boa parte das nações na segunda metade do século XX, propondo a Constituição como norma *fundamental* munida de poder primário para instituir a obediência e a estrutura abaixo de si, ou seja, o Estado seria consolidado por regras, normas e princípios que emanariam da fonte superior: a constitucional.

Por outro lado, Reale defendia que a norma não poderia ser meramente jurídica, mas sim tomada de um valor que lhe seria imputado após uma ação, gerando então uma visão tridimensional onde a norma, a lei, dependeria do fato e da valoração para prevalecer. Os Estados constitucionais modernos, então, com a ideia kelseniana de norma fundamental ancorada em seus interesses, não concebia apenas o positivismo do tcheco como preponderante, mas acreditava na necessidade de valoração a partir dos fatos, de forma que, por mais paradoxo que seja, conseguiram assegurar uma mescla entre a norma fundamental, que seria a responsável pelo poder constituinte, com a teoria tridimensional, responsável pela formação legislativa a partir da Constituição.

No esteio desses novos Estados, passaram a surgir alguns conflitos normativos que colocavam frente a frente dois direitos consolidados nestas constituições. Assim, alguns filósofos do direito e juristas passaram a se debruçar sobre o que cunharam de casos difíceis (*hard cases*). Obra introdutória ao direito que abarca esse tipo de discussão foi elaborada por Lon E. Fuller em *O caso dos exploradores de cavernas* (Leud, 2008).

Doravante, tais casos difíceis passaram a figurar em muitas lides que levantavam discussões estratosféricas nos Estados constitucionais onde ocorriam. A discussão se construía sobre como decidir num caso onde qualquer das escolhas levaria muita justiça a um lado e muita injustiça ao outro.

Para propor discussões com a tendência em mitigar tais conflitos, surgem dois renomados *jusfilósofos*, Ronald Dworkin, nos Estados Unidos e Robert Alexy, na Alemanha.

É evidente que as teorias dos dois tem algumas divergências, todavia, em suma, é possível compreender uma base semelhante dos dois

contemporâneos nas suas formulações a respeito das desavenças entre dois direitos e como solucioná-los.

Outrossim, ambos estabeleceram uma leitura onde as normas fundamentais, ou seja, as Constituições, emanavam não apenas normas, mas, em seu contexto interpretativo, emanavam também alguns princípios, que deveriam ser consolidados como norteadores para a organização do Estado.

Dessa feita, toda lei deveria convergir com os princípios daquele Estado, sendo que uma norma que figurasse com um discurso contrário aos princípios determinados pela interpretação constitucional, carecia de legitimidade e, portanto, seria inválido.

Alguns princípios, mormente pelo caráter pós-segunda guerra mundial, seriam de verificação conjunta nessas constituições, tais quais o princípio da liberdade e o da dignidade humana, tais eram os anseios da sociedade da segunda metade do séc. XX em se desvencilhar de qualquer resquício totalitário após as marcas dolorosas deixadas pela segunda guerra mundial.

Mesmo com a postulação de alguns princípios, os norteadores do Estado constitucional, em algumas situações seria verificável o conflito entre dois princípios ou entre dois direitos que se amparavam dentro da esfera principiológica constitucional. Assim, na ocorrência de um *hard case*, como deveria o Estado agir para solucionar o problema?

É nesse ponto crucial que as teorias tanto de Dworkin quanto de Alexy convergem para uma solução possível e, em suas visões, justa do caso. Os *jusfilósofos* partiram da premissa de que deveria haver um método de verificação da *ponderação* quando houvesse conflito normativo ou principiológico. Dessa forma, o responsável por decidir em um *hard case* deveria ponderar entre ambos os direitos e/ou princípios violados como maneira de infringir o menor dano possível a um dos direitos, posto que seria impossível, num conflito desses, que ambos fossem satisfeitos.

Nessa linha, Alexy defendia que, quanto maior fosse a concessão a um princípio ou norma, menor deveria ser a violação do outro, de forma que os princípios devessem sofrer a mínima interferência possível. Isso ocorria

porque, na visão dos *jusfilósofos*, não haveria de ter uma hierarquia entre os princípios, pois todos eram norteadores, mas, nos conflitos palpáveis e factuais, seria necessário observar a prevalência de um sobre o outro, tendo essa ação apenas sentido no fato concreto, mas não no todo.

Essa visão principiológica postulada por ambos os acadêmicos, cada um com suas nuances, foi aceita principalmente nos Estados neoconstitucionais, onde ficam ainda mais evidentes na norma fundamental, a Constituição, quais são os princípios dela emanados, caso constante, v.g, no Brasil.

Outrossim, a aplicação da visão principiológica no âmbito jurídico também foi alvo de muitas críticas, dentre as quais urge uma gerada pela Crítica Hermenêutica do Direito, onde se postula uma sede de princípios para responder a quaisquer lides jurídicas, com os princípios tomando o lugar das regras no ordenamento, gerando, conseqüentemente, uma visão dos julgadores em constituir quase todos os casos que lhes são entregues como *hard cases*. Nesse sentido, Lênio Streck (Forense, 2018), faz contundente crítica afirmando que:

A mera atribuição do nome “princípio” a algo não pode servir de álibi retórico simplesmente por conferir uma mera aparência de juridicidade ao conceito em que empregado. Princípios servem para dar um verniz jurídico a argumentações teleológicas (2018, posição 7287)

Ou seja, apesar de recebidas de maneira eloquente pelos Estados constitucionais atuais, como o brasileiro, essa questão principiológica elaborada pelos *jusfilósofos* deve ser apenas utilizada quando da real necessidade de conflito normativo na esteira de um *hard case*, e não para todo e qualquer problema jurídico que surge, posto que para isso já existem as normas jurídicas.

Assim, a *ponderação* proposta por Alexy e também por Dworkin, deve ser minuciosamente calculada, levando em consideração o fato, o contexto e a própria teleologia das leis e princípios em conflito, como maneira mais equânime e justa de promover uma decisão certa. Destacando a mínima interferência em um direito com a mínima superioridade de outro, apenas no caso concreto, à luz das teorias de Dworkin e Alexy, se constrói – em suas opiniões - um Estado justo.

2.17. AMARTYA SEN E O PROBLEMA DA JUSTIÇA

Amartya Sen é um dos mais renomados pensadores vivos na atualidade, que concebeu sua carreira acadêmica em se debruçar sobre o problema da justiça.

Como pudemos ver no decorrer deste capítulo, durante o passar da história houveram muitas teorias difusas sobre a origem e a essência do que era a justiça. Alguns acreditavam em razões divinas, outros em forças naturais e universais, conquanto alguns acreditavam na própria força da lei para gerar justiça.

Amartya Sen, na contramão desses pensadores, esmiúça em sua teoria a respeito da impossibilidade de se conceituar a justiça, justamente pela carga subjetiva que ela representa para cada pensador.

Assim, em sua magistral obra *A ideia de justiça* (Companhia das Letras, 2011), o autor busca apresentar linhas gerais sobre termos de justiça desde os que se expandiram no ocidente, até alguns conceitos muito diferentes e de pouco conhecimento em termos ocidentais por suas raízes orientais. Sen, que é indiano de nascimento e um dos mais renomados professores de Harvard, justamente por sua criação em uma realidade oriental distante do recorte ocidental que se faz da filosofia, pôde amalgamar ambas as visões em sua obra.

Após tratar sobre as diferentes visões de justiça que chegaram ao século XX, ocasião da produção de sua obra, Sen embarca em uma crítica a visões contemporâneas às suas, mormente a de John Rawls, que foi um companheiro e mestre dele.

Sen aponta a insuficiência da justiça de Rawls, apesar da benesse de seu conceito de *véu da ignorância*, para gerar justiça a todos. E, conseqüentemente, aponta lacunas nas teorias de justiça que surgiram durante a história.

Em um exemplo sensacional que traz no livro, Sen aponta a situação onde três crianças disputam uma flauta, sendo uma delas a que construiu, uma outra que é a menos favorecida entre as três e a terceira, que é a única dentre

elas que sabe tocar. Com esse caso em mente, ele aponta que alguns critérios de justiça levariam a uma escolha que, embora trouxesse justiça à criança que a tomasse e também aos partidários dessa visão, levaria injustiça às restantes e aos grupos que defendem outros pontos de vista, o que, portanto, não seria necessariamente uma justiça.

Nesse fio, Sen constrói sua própria visão sobre a ideia de justiça, alegando ser muito delicado e até hoje ineficaz conceituar justiça em uma só esfera, trazendo a ideia dos gregos de *justiça é dar a cada um aquilo que merece* como uma impossibilidade em um mundo moderno onde existem conflitos de interesses entre os próprios merecimentos.

A partir do momento em que não concebe um conceito de justiça, Sen passa a defender que, no caminho contrário, é fácil perceber as injustiças do mundo – daí recorre até a ideia do *véu da ignorância* de Rawls, sendo que o mais próximo de *justiça* que pode compreender é o combate às injustiças. Tal combate se efetuaria na ânsia de diminuir as desigualdades sociais e na promoção de ações que pudessem gerar maior qualidade de vida a todos, de acordo com a necessidade de cada comunidade, sendo impensável um único conceito de justiça que alcance de forma equânime a todos os povos, justamente pelas características distintas de cada uma.

Resumindo, Amartya Sen apresenta diversos conceitos de justiça, desmontando cada um ao demonstrar que estes contêm lacunas causadoras de injustiça, defendendo então o caminho contrário, defendendo que a justiça *per se* não seria possível, mas sim o combate das *injustiças*, cada sociedade ao seu modo, de acordo com sua realidade, necessidade e experiência.

2.18. NORBERT ELIAS, O PROCESSO CIVILIZADOR E A ETERNA MUDANÇA

Nos encaminhando para o final deste capítulo, é mister pontuar mais um teórico que tem uma inestimável importância em seus trabalhos acadêmicos, justamente pela proposição a que se dedicou em vida.

Embora não fosse um estudioso do direito, sendo meramente um curioso interdisciplinar, ao mesmo tempo em que era um brilhante sociólogo,

coube a Norbert Elias, através de um glorioso estudo que renderam, na tradução brasileira, dois volumes, *O Processo Civilizador* (Jorge Zahar, 1993/1994 – Vol. I e II), a absorção, dentro do prisma sociológico, da visão nietzscheana de gênese moral.

Assim, ainda que não tenha sido um erudito no tocante ao conceito de justiça, nem tenha se fiado em desenvolver qualquer tipo de teoria nesse sentido, a importância de Norbert Elias para esse trabalho ainda é arrasadora.

Veja, pois, o interesse de Elias no desenvolvimento de sua *Magnum opus* era conceber como as transformações sociais se originavam, tanto em esferas privadas, mais relacionadas à individualidade do sujeito, quanto também na esfera pública, no tocante à comunidade.

Assim, embora deitado sobre as águas do medievo, em seu primeiro volume d'*O Processo Civilizador* (Jorge Zahar, 1994), Elias demonstra como as regras de etiqueta das monarquias surgiram e passaram a figurar como normas de conduta de classe, atingindo a todas as outras camadas da população, refletindo, assim, um ideal nobre. É assim que ele explica o surgimento do uso do garfo ou do guardanapo à mesa, ou a transição do ato de cuspir após o almoço de algo nobre para algo extremamente reprovável.

No segundo volume de sua obra, contudo, a que mais nos interessa, Elias vai além da esfera individual e da etiqueta, para demonstrar como tais transições históricas figuram também no âmbito das instituições e do Estado.

Em suma, Elias aponta que as concepções de *bom* e *mau* se confundem na medida em que são elaboradas por uma parcela da sociedade que tem a discricionariedade para propor os costumes em vigência e as leis. Assim, em tempos mais remotos de menor força legislativa, isso ocorria nos costumes de elites que desenvolviam comportamentos que serviam de reflexo para as demais camadas da comunidade, indo de encontro sua teoria com a gênese moral de Nietzsche, que busca chegar no mesmo argumento apontando a Grécia antiga como berço da moral. Porém, Elias se aprofunda no fio da meada, não fica preso à gênese da moral e tampouco à moralidade cristã, como se propôs Nietzsche. Ele vai além, demonstrando, empiricamente, até hoje, como as construções legislativas e institucionais de um Estado passam

ou refletem o crivo moral e ético de uma comunidade, o que se traduz em uma *justiça*, no sentido amplo da palavra, que embora atualmente seja – na teoria – acessível a todos, é fruto de apenas uma camada que se satisfaz na sua elaboração.

Outrossim, embora Norbert Elias não tenha tido em sua obra a construção do seu próprio conceito de justiça, até por não se intitular um filósofo, mas apenas um sociólogo tentando compreender a história e o mundo, restou suma importância na sua concepção de movimentos de transições entre os limites de cada comunidade.

A esses limites e transições, cunhou o termo *processo civilizador*, que se traduz em nada mais do que a ânsia de cada sociedade em abarcar uma nova concepção de civilidade de tempos em tempos, assim, longe do relativismo, mas no bojo de aponta-lo, demonstra historicamente como as sociedades desenvolveram, cada qual em seu interesse, concepções diferentes de civilização; dentro dessas concepções se tinha a etiqueta, a ética, a ordem jurídica e, a soma de todas essas esferas, a justiça.

É, portanto, com base na visão de Elias sobre a contínua mutação nos moldes conceituais das comunidades, mormente nas suas constituições éticas, morais e, conseqüentemente, de justiça, que adentraremos no último capítulo desta obra, por onde iremos analisar algumas decisões de grande repercussão midiática do Supremo Tribunal Federal brasileiro após a promulgação da Constituição de 1988, e, a partir deste recorte, levantar a hipótese do processo civilizador para a construção da(s) justiça(s) brasileira(s), apontando, afinal, se houve ou não alguma mudança palpável, de cunho judicial, com esse novo marco jurídico na história nacional.

3. TÊMIS SEM VENDAS: JUSTIÇA, STF E BRASIL PÓS-88

Como pudemos ver no capítulo anterior, é uma tarefa hercúlea conceituar *justiça*, posto que o termo tem as mais diversas interpretações e valores de acordo com os olhos de quem a vê. Assim, caracterizar a justiça a partir de um só modelo é uma atitude um pouco egoísta e com grandes chances de contemplar visões difusas nos interlocutores.

Como pudemos ver no primeiro capítulo também, a história do direito em terras tupiniquins passou por muitas alterações durante os últimos cinco séculos, principalmente pelas transformações que a própria desenvoltura do território brasileiro nesse período. Assim, toda uma estrutura colonial foi por água abaixo com a vinda da Corte, que ao retornar, já havia criado um sentimento de soberania no Brasil, constatado com a independência e a formação do Império. A conjuntura imperial durou quase sete décadas, para dar espaço ao republicanismo, com uma nova ruptura em larga escala com o estamento vigente, que seria corrompido mais uma vez em 1930, reestabelecido em 1945 e, ato comum em nossa história, surrupiado novamente em 1964 até 1985. De 1985 para cá, com menção especial, todavia, ao ano de 1988 e a promulgação da nova Constituição, gozou o brasileiro então de certa estabilidade política no tocante ao republicanismo, com as sombras de sua história passada servindo, aos dizeres de Cícero, como *magistra vitae* para não repetição no futuro.

Dessa forma, assim como o Brasil passou por diversas formações em mais de meio milênio, ao mesmo tempo, pudemos ver, a própria visão de justiça também sofreu mutações ao largo deste tempo.

A separação entre direito, moral e justiça, esmiuçada por pensadores já há muito tempo, serviu como pontapé inicial na autonomia de instituições em proverem respostas aos conflitos da sociedade e seus membros. Assim, urgia que alguma instituição tivesse competência, autoridade e legitimidade suficiente para julgar as lides da comunidade.

Cada civilização e sociedade no decorrer da sociedade postulou tais competências, autoridades e legitimidades a determinadas instituições. Na Grécia antiga, nos tempos socráticos, pudemos ver que as decisões estavam

nas mãos da própria cidade, que constituía tribunais e juizes para determinar as respostas aos anseios postulados. Em Roma, repetiu-se a fórmula por séculos, até que a preponderância do cristianismo e da figura de Cristo outorgou à Igreja o poder de julgar também, assim, Igreja e a figura monárquica, também escolhido por Deus, teriam as atribuições de julgamento. A formação dos Estados nacionais, mormente após a revolução francesa, com o contexto de iluminismo e rupturas com o *ancien regime*, procurou separar novamente a Igreja do Estado, cabendo ao último a tarefa de julgar os casos de lides entre a comunidade, pois, pelo contrato social, era atribuído ao *Leviatã* promover a solução dos problemas internos da sociedade.

Tal visão se propagou e atinge os dias de hoje, onde o Estado tem a atribuição por competência, na grande maioria das nações, de investigar e julgar os casos que envolvem conflitos em seu território. A jurisdição, então, tutela primária do Estado, permite que este conceda uma resposta às litigâncias dentro de seus limites territoriais.

A reunião do conjunto de decisões que saem do Estado, através de seus tribunais, permitem uma consideração em escala *macro* a despeito de como esse Estado enxerga a justiça. Assim, a partir da análise de decisões em grande escala, é possível determinar a forma que um Estado procede em determinados casos, levantando dados que se aproximam ou se afastam de determinados conceitos de justiça que analisamos no capítulo anterior.

Essas decisões, chamadas posteriormente de jurisprudências ou precedentes, a depender de quem o propaga, nada mais são do que a justiça de uma nação em forma palpável, saindo da esfera filosófica.

Assim, o conjunto de decisões a respeito de um determinado assunto, por exemplo, formulam uma “lógica” que é resgatada para decidir da mesma forma em lides parecidas que vierem a surgir.

A análise, e aqui podemos falar mais especificamente do caso brasileiro, se traduz em observar a lei vigente e ancorá-la no fato concreto, deixando de lado os valores morais que os magistrados possam levantar a respeito da questão. Por força constitucional, o magistrado não deve se pautar em seus

interesses, mas sim no que toca a legislação e ao contexto de sua decisão, conforme preconiza em toda sua obra o hermenêutico Lênio Streck.

Observando a estrutura jurídica brasileira, há uma hierarquia nas decisões judiciais que outorgam ao Supremo Tribunal Federal a *ultima ratio* no tocante à esfera jurídica. Assim, as decisões que advêm do STF abarcam todo o alicerce judicial envolto e amparado nele.

Doravante, se cabe ao Supremo Tribunal Federal as decisões em última instância no país, ainda que tais decisões deve(riam)m se pautar mormente na legislação vigente e menos em valores morais dos Ministros que compõem a casa, é válido afirmar que através do STF que, com o levantamento das decisões proferidas, se distribui a justiça no Brasil.

Claro fica que não cabe somente ao STF tal função, as decisões políticas são também muito importantes, inclusive na gestão das políticas públicas, para entregar à população medidas, direitos e garantias para haver uma formulação mais concreta do que se compreende por justiça no Brasil.

Todavia, é válido levantar que as decisões proferidas em última instância pelo Supremo, por sua influência e força que descem para todas as camadas jurídicas do país e como afetam as esferas da sociedade, urgem também como medidas de *justiça*. Quem outorga o valor moral para tais decisões, contudo, não são os Ministros que proferem seus fundamentados votos, mas sim a população, a comunidade que é afetada por tais decisões e as confere o condão de *justas* ou *injustas*.

Nem sempre o Supremo Tribunal Federal, por sua vez, obteve o prestígio que hoje lhe é comum. Consoante aos momentos históricos vividos pela nação brasileira, em muitos momentos a casa foi fechada, dissolvida ou sofreu forte pressão de interesses políticos, que observavam no Supremo uma saída para seus problemas. Assim, foi costumaz na história brasileira o desrespeito à autonomia dos três poderes, com um histórico gritante de interferência de um poder sobre o outro.

Com a Constituição de 1988, porém, houve a preocupação do constituinte em definir, de uma vez por todas, as competências de cada poder

e blindá-los de interferências externas. Nítido que ainda há, nos dias atuais, influência de uma esfera do poder no outro, quando não a interferência, em questões de interpretação de competência, que geram tensões na harmonia entre os três, contudo, ainda com essa gama de problemas, pela primeira vez na história nacional, os três poderes gozam de uma base constitucional para sua solidificação e manutenção.

Outrossim, apesar dos imbróglios que são comuns na política brasileira, os poderes têm elencados sua harmonia e independência, podendo agir, dentro dos limites constitucionais (claro que nem sempre assim ocorre), para o devido funcionamento do Estado Democrático de Direito.

Dessa feita, houve nos últimos anos um exponencial aumento midiático no tocante ao Supremo Tribunal Federal, posto que os Ministros passaram a gozar de um prestígio maior, vistos como eminentes excelências na interpretação do ordenamento jurídico pátrio.

Assim, mormente nos anos 2000 em diante, passou a haver maior cobertura jornalística, e, conseqüentemente, maior visibilidade e transparência nas decisões proferidas em última instância, gerando incessantes debates tanto dentro da comunidade jurídica quanto fora, pela sociedade em geral.

Tais debates se debruçam sobre a *justiça* que emana dessas decisões, como tais decisões atingem a sociedade brasileira e como esta enxerga e atribui um valor moral para as decisões.

Enquanto algumas são vistas como *injustas*, outras são vistas como *justas*, algumas são vistas como *justas* apenas para uma parcela da população, outras são elencadas como *injustas* para determinados grupos da população, mas boas num todo.

A dificuldade em denominar o todo é comum, posto que a gama de decisões que saem do STF é grande e, numa população brasileira que passa dos 200 milhões de habitantes, essas decisões dificilmente agradam a todos.

Pensando nisso, tendo em mente a ideia de *Processo Civilizador* que vimos no último capítulo, a ideia de Norbert Elias em que averigua as mudanças outonais que se fazem nas comunidades de acordo com o contexto

social e cultural em que se encontram, passaremos a partir de agora em analisar algumas decisões do STF, recortadas pelo aspecto de *hard cases* em que se encontraram, onde há um conflito entre princípios ou normas e valores no ato de decidir, para tentar levantar uma visão de que *justiça*, no aspecto valorativo e moral da palavra, prevalece no Brasil a partir dessas decisões recentes, pois ancoradas na balizada e sólida Constituição Federal de 1988.

Não se pretende, todavia, de dar juízos morais às decisões, mas compreender as motivações dos Ministros e como a população acatou as decisões, demonstrando o valor moral dado pelo povo. Assim, é possível percorrer o rol de *justiças* observados no capítulo anterior e determinar se a referida decisão do caso pelo Supremo se encaixa em alguma das vertentes apresentadas.

No final, então, será possível, empiricamente, observar se o *processo civilizador* é verificável através das decisões do Supremo proferidas após a promulgação da CF/88, marco histórico no tocante aos direitos do povo brasileiro, que até a época sofria de inseguranças com relação às suas liberdades. Será possível tecer uma análise se houve, de maneira imponente e incontestável, uma nova *justiça* no Brasil de 1988 em diante, ou se se manteve uma estrutura vigente, calcada nas elites e apontada por Raymundo Faoro como a maior figura presente na história de Portugal e, conseqüentemente, do Brasil: o patrimonialismo.

3.1. O CASO ELLWANGER

O primeiro caso no recorte que fizemos traz elementos que ainda geram acaloradas e delicadas discussões por todo o globo terrestre, posto que versa sobre dois temas de grande relevância no contexto de transformação que o mundo se consolidou após o final da segunda guerra mundial: o racismo e o holocausto.

Fato notório que o holocausto foi o processo pelo qual os alemães, durante o período nazista, executaram milhões de judeus em campos de concentração. Inicialmente, mandavam os judeus aos campos de concentração para trabalhar na produção bélica alemã, construindo o material que impulsionaria a *Blitzkrieg*, os rápidos avanços dos nazistas em seus anseios de

conquista da Europa. Contudo, uma vez que esses judeus se encontravam debilitados, velhos, doentes, ou incapazes de trabalhar, eram enviados para câmaras de extermínio, onde eram executados com o uso de gás, amontoando pilhas e pilhas de mortes que chocam nas poucas imagens históricas que nos alcançaram.

Pois bem, alguns autores, munidos de alguns estudos e empirismos, procuram combater essa visão do holocausto. Embora seja senso comum a versão do extermínio massivo e metódico de judeus entre os anos 1930 e 1940, uma pequena gama de autores discorda desse senso comum e propõe um revisionismo histórico, defendendo que o extermínio dos judeus em campos de concentração foi uma farsa construída para relegar o inferno aos nazistas e um poder maior aos sionistas, que sempre se depararam com um antissemitismo muito forte.

Dentre esses autores, vale citar o historiador britânico David Irving (1938-). Irving, até o final dos anos setenta, era considerado um dos grandes historiadores do Reino Unido – e do mundo, mormente por sua capacidade de investigar e trabalhar novas fontes e documentos históricos que tinha acesso. Todavia, no final dos anos setenta, seduzido por este revisionismo histórico, lançou uma obra na qual defendia que Hitler não tinha conhecimento do que ocorria nos campos de concentração, e que se tivesse, teria impedido que isso acontecesse. Além disso, propunha que, os campos de extermínio, apesar de existirem e realmente matarem, não eram necessariamente de extermínio, pois, em sua visão, era uma minoria executada, postulando que o número final de mortos pelas mãos nazistas seria ínfimo comparado ao número que é comumente defendido, que é de seis milhões de pessoas.

O trabalho de Irving gerou uma polêmica sem precedentes, posto que se comprometia em revisar um período histórico ainda recente e, ao mesmo tempo, delicado demais em qualquer nação do mundo. Ainda assim, seu trabalho foi disseminado, mas logo caiu em descrédito, assim como Irving, pois atribuíram fontes pseudocientíficas como alicerces de seu trabalho, o que contribuiu para que seu prestígio de minucioso pesquisador fosse por água abaixo de um dia para o outro.

Acontece que Irving continuou defendendo seu ponto de vista com ardor, lançando novas obras, o que ocasionara muitas críticas de outros pesquisadores. Assim, Irving processou a historiadora Debora Lipstadt por difamação contra si, tendo de provar, na justiça, a validade de seus livros.

A história do processo, dramaticamente construída, está encenada na obra cinematográfica *Denial* (Sony Pictures, 2016). O resultado, como era de se esperar, foi favorável à Débora, o que só contribuiu para manchar ainda mais o cada vez menor prestígio de Irving.

O caso de Irving, explicado acima, foi concomitante com outro caso semelhante, ocorrido em *terrae brasillis*, que, entretanto, demoraria um pouco mais de tempo para ser solucionado.

No Brasil, o caso se construiu após denúncias do Ministério Público do Rio Grande do Sul contra o editor Siegfried Ellwanger Castán. O senhor Siegfried, oriundo de uma pequena cidade gaúcha chamada Candelária, instigado pela onda revisionista de meados dos anos oitenta, decidiu adentrar nesta seara e, através da sua recém criada editora, a *Editora Revisão*, lançar obras de sua autoria e também de outros autores que tivessem por finalidade propor o revisionismo histórico da mesma linha que David Irving.

Nos anos 1990, Ellwanger foi processado pelo antissemitismo presente em sua obra, razão da qual foi impedido de publicar e vender as obras de sua editora. Em 1996, contudo, pouco após uma decisão que lhe impunha a proibição da venda de sua obra, em segunda instância, pois, na primeira havia sido absolvido do crime que lhe imputavam – racismo - Ellwanger foi flagrado em uma feira do livro, em Porto Alegre, fazendo a comercialização dos livros de sua editora. Isso culminou na apreensão dos livros e na condenação dele em 2 anos de reclusão – por induzir e incitar ao preconceito e discriminação - que seriam transformados em prestações comunitárias. Tal condenação, porém, foi o estopim para a impetração do *habeas corpus* n. 82.424, que seria discutido no Supremo Tribunal Federal, matéria então que nos é de maior interesse.

O HC, que seria julgado apenas em setembro de 2003, teria na relatoria o Ministro Moreira Alves, e versaria sobre o cunho de “racismo” à obra de

Ellwanger, que, postulava, não se configurava no antissemitismo, pois judeu não seria uma raça.

À altura do julgamento deste HC, a composição do STF havia passado por transformações. Assim como no momento em que o acórdão chegou ao Diário de Justiça, em abril de 2004, já havia no Supremo uma composição diversa. Todavia, em setembro de 2003, apesar do relator original ter sido o Min. Moreira Alves, já nesse tempo afastado do STF, a composição da corte se fazia com o Min. Maurício Corrêa na presidência, tendo por complementos os Min. Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Nelson Jobim, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Ayres Britto e Joaquim Barbosa.

Durante a análise deste HC, por algumas vezes foi acionado o pedido de *vista*, o que corroborou para a morosidade em resolver a questão. As discussões se empenhavam em definir se a conduta de Ellwanger se enquadrava como racismo, ou, se o argumento do judaísmo não constituir uma raça, não permitiria o enquadro, conseqüentemente, lhe outorgando absolvição da condenação que sofrera anteriormente.

Os votos dos Ministros foram em sua maioria pela manutenção da condenação de Ellwanger, haja vista de que compreenderam que o termo *racismo* como se encontra na Constituição Federal, não se atribui apenas ao preconceito e discriminação contra uma raça, mas tem um *valor* social que ultrapassa esse limite, atingindo qualquer tipo de discriminação ou menosprezo contra povos, ao passo que, com isso, a conduta de Ellwanger, através de suas obras antissemitas teria o cunho racista e, portanto, a pena conferida a ele, seria correta.

O Min. Relator Moreira Alves, posteriormente substituído por Joaquim Barbosa (este não votou), havia defendido a absolvição do paciente, compreendendo que suas ações estavam prescritas, de forma que não restava possibilidade de punição pelo Estado, linha também defendida pelo Min. Marco Aurélio, enquanto o Min. Ayres Britto, por sua vez, defendia a absolvição *ex-officio* do paciente por atipicidade de sua conduta, não considerando, em sua

análise, que as publicações de Ellwanger se enquadrariam no que a Constituição Federal compreende por racismo.

Dessa maneira, votos vencidos, os Min. Moreira Alves, já afastado, Marco Aurélio e Ayres Britto, embora divergentes em suas convicções a respeito do HC, viram a tese de manutenção da condenação e adequação com interpretação extensa ao termo *racismo* na Constituição sair vitoriosa.

A partir da publicação do acórdão, em abril de 2004¹⁵, houve então uma mudança sistemática na interpretação de condutas racistas dentro do território nacional. A antiga discussão que tratava do alcance do termo, justaposto em muitas análises como concernente apenas aos casos onde havia ódio, discriminação ou intolerância à raça, viu-se agora abarcada como relativa à discriminação, ódio ou intolerância aos povos, às etnias e também às raças.

Dessa feita, o Supremo Tribunal Federal atuou na linha que se constituía como mestra em termos de Direito Internacional, mormente pelas orientações da ONU, em condenar qualquer atitude de discriminação. Essa linha partia do final da segunda guerra mundial, quando a marca deixada pelo que foi encontrado nos campos de concentração e nos relatos dos sobreviventes chocou tão forte a sociedade como um todo, que foi necessária a união entre nações com a finalidade de não permitir, nunca mais, a repetição de atos dessa conjuntura.

Em termos de *justiça*, a atitude do Supremo Tribunal Federal nessa decisão pode ser enquadrada dentro da visão de Rawls. Veja, através do *véu da ignorância* foi possível aos Ministros a compreensão de que seria inaceitável, em uma sociedade, acatar a produção de obras antissemitas, pois isso geraria uma desigualdade entre os povos. Com a ajuda dos *amicus curiae* na elaboração do acórdão, mormente entidades relacionadas com a questão judaica relativa ao holocausto, os Ministros puderam ter uma visão de que, ao se por no lugar dos judeus, nesse exercício de alteridade, seria intolerável a produção de obra que questionasse e menosprezasse tal povo sem bases

¹⁵ O acórdão pode ser lido na íntegra em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso em jul. 2020

científicas ou apontamentos históricos suficientes para, de forma basilar, sustentar os argumentos presentes na obra de Ellwanger.

Sucedeu-se, então, uma decisão onde o interesse era promover uma sociedade menos desigual, onde as diferenças entre a miríade de povos que se encontram presentes no Brasil, não seria justificativa para a diminuição de uma em detrimento das outras. Assim, a interpretação extensiva e o aumento do alcance do termo *racismo* nesta decisão do STF, permitiu um avanço no tocante à justiça rawlsiana na ânsia de obter uma sociedade menos desigual e mais parelha no respeito aos povos e às diferenças.

3.2. A ANISTIA: O CONFLITO ENTRE O PERDÃO E A SOMBRA DO PASSADO

O período do regime civil-militar foi muito duro ao brasileiro. As marcas dessa época ainda são latentes nos corações tupiniquins. Opressão, censura, tortura, guerrilha, mortos, desaparecidos, exilados. Em pouco mais de vinte anos, muitas feridas foram incrustadas na alma do brasileiro, feridas que ainda são difíceis de cicatrizar.

Se encaminhando para o final do regime-civil militar, houve a necessidade de aprovar uma legislação que servisse como salvo conduto para mitigar os danos causados pelas sequelas do próprio regime. Assim, dentro da transição lenta e gradual, propôs-se uma lei de anistia, com o intuito de anistiar a todos que, de alguma forma, excederam alguns limites durante o período. Limites esses deixados de forma ampla pelo legislador.

E esse é o ponto que gera toda a discussão. A interpretação da anistia, que para alguns abarcaria apenas aqueles que tiveram seus direitos cassados durante o período do regime civil-militar, aqueles que foram para a guerrilha, que combateram os militares, os exilados, porém, a interpretação que se fez da lei foi no bojo de amparar também aos agentes do Estado que praticaram atos contra aqueles. Dessa forma, agentes acusados de tortura, de assassinato e de outras frias ações, agindo sob a tutela do Estado, também foram anistiados.

Ocorre que, com a promulgação da Constituição Federal, em 1988, alguns grupos entenderam que essa interpretação da lei da anistia não poderia

ser recebida na nova legislação, posto que, algumas facetas de sua interpretação conflitavam com os princípios e diretrizes constitucionais, mormente no tocante ao alcance aos agentes do Estado que praticaram atos obscuros sob a égide do Governo.

Assim, foi proposta em 2010 a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 153, pelo Conselho Federal da OAB, que também intimou, na ocasião, a Associação Juízes Para a Democracia, o Centro Pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL), a Associação Brasileira de Anistiados Políticos e a Associação Democrática e Nacionalista de Militares. A ementa da ADPF resume, de maneira didática, o problema:

LEI N. 5.583/79, A CHAMADA “LEI DE ANISTIA”. ARTIGO 5º, CAPUT, III E XXXIII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL; PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO E PRINCÍPIO REPUBLICANO: NÃO VIOLAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS HISTÓRICAS. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E TIRANIA DOS VALORES. INTERPRETAÇÃO DO DIREITO E DISTINÇÃO ENTRE TEXTO NORMATIVO E NORMA JURÍDICA. CRIMES CONEXOS DEFINIDOS PELA LEI N. 6.683/79. CARÁTER BILATERAL DA ANISTIA, AMPLA E GERAL. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA SUCESSÃO DAS FREQUENTES ANISTIAS CONCEDIDAS, NO BRASIL, DESDE A REPÚBLICA. INTERPRETAÇÃO DO DIREITO E LEIS-MEDIDA. CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA A TORTURA E OUTROS TRATAMENTOS OU PENAS CRUÉIS, DESUMANOS OU DEGRADANTES E LEI N. 9.455, DE 7 DE ABRIL DE 1997, QUE DEFINE O CRIME DE TORTURA. ARTIGO 5º, XLIII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. INTERPRETAÇÃO E REVISÃO DA LEI DA ANISTIA. EMENDA CONSTITUCIONAL N. 26, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1985, PODER CONSTITUINTE E “AUTO-ANISTIA”. INTEGRAÇÃO DA ANISTIA DA LEI DE 1979 NA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL. ACESSO A DOCUMENTOS HISTÓRICOS COMO FORMA DE EXERCÍCIO DO DIREITO FUNDAMENTAL À VERDADE. (STF, ADPF 153, p. 1)

Doravante, como vimos, a ADPF visava demonstrar que o conceito de anistia, geral e ampla, concedida aos agentes do Estado que praticaram condutas exacerbadas durante o regime-civil militar deveria ser revista. Baseavam isso em alguns argumentos, dentre os quais, os acordos assinados pelo Brasil nas Nações Unidas, contra a prática da tortura, a impossibilidade de recepção, pela nova Constituição, em 1988, da legislação que tratava da anistia e também a lei de tortura, datada de 1997, que cominava na adequação das práticas ocorridas nos “porões” do regime com a nova legislação, sendo possível, a partir da sua publicação, a tipificação dos crimes ocorridos no

regime civil-militar, aos agentes do Estado, que poderiam então ser julgados pela prática de tortura.

Nessa linha, demonstra Cooper (2018, p. 5)

No ajuizamento da ação da ADPF 153, a OAB argumentou que a interpretação vigente da Lei da Anistia – segundo a qual os agentes públicos responsáveis por crimes de homicídio, desaparecimento forçado, tortura, estupro, dentre outros, também foram anistiados – violava diversos preceitos fundamentais estabelecidos na Constituição de 1988. A instituição requeria que a corte interpretasse a lei conforme a Carta Magna, de modo a declarar que a anistia não se estenderia aos crimes praticados pelos agentes da repressão contra opositores políticos

Pois bem, em 2008 o STF recebeu essa ADPF e teve de debate-la, o que gerou muita polêmica pelas divergentes opiniões e fundamentações dos Ministros a respeito do tema. A ressaltar, nessa altura, o STF era composto pelos seguintes Ministros: Cezar Peluzo, então presidente da Corte, Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Ayres Britto, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cármen Lúcia, Dias Tóffoli e Joaquim Barbosa.

O Min. Joaquim Barbosa não participou dos trabalhos relativos à ADPF pois se encontrava licenciado e o Min. Dias Tóffoli estava impedido, pois já havia atuado, antes de adentrar no STF, em processo no sentido da ADPF, o que lhe causava um conflito de interesses nesta decisão.

Apenas no final de abril de 2010 que houve uma decisão no tocante à ADPF. O relator da arguição, Min. Eros Grau, na ocasião votou pela improcedência da ação, defendendo que a ideia da anistia partiu de um pacto – tácito – entre o governo militar e seus opositores, enaltecendo o caráter do período de transição. Assim, em seu voto defendeu que apenas o poder legislativo teria o poder de rever a lei da anistia, desvinculando tal incumbência da seara da corte, e que o argumento de que a nova Constituição não receberia a Lei da Anistia era infundado, posto que, em sua visão, a Emenda Constitucional 26/85, constitucionalizaria a Lei da Anistia. Vai mais a fundo e defende que, apesar de repudiar os atos cometidos durante o período do regime civil-militar, aqueles atos já mencionados, de tortura, desaparecimento e homicídio, ainda que moralmente repugnantes, ainda assim se estenderiam aos agentes do governo, justamente pelo caráter transitório e contextual da

elaboração da Lei, o que em sua opinião foi feito intencionalmente, justamente para atingir tais agentes públicos.

Em linhas gerais, esse foi o voto do Min. Relator, que foi seguido pela maioria da casa. Apenas os Ministros Ricardo Lewandowski e Ayres Britto deram provimento parcial, cada um em suas razões, nos seus votos divergentes.

O Min. Lewandowski rejeitou a ideia de um acordo entre a sociedade para o surgimento da anistia. Em seu ponto de vista, a anistia foi uma concessão dos militares, mas sob sua égide, como forma de reagir à pressão popular e tomar as rédeas de uma possível desestabilização do regime, além de proteger os próprios interesses, fazendo com que a lei atingisse seus agentes. Prossegue em seu voto discordando do Min. Relator, ao defender que a Constituição não teria ratificado, pela EC 26/85, a anistia da mesma forma que se encontrava descrita na lei 6.683/79, mas que havia declarado uma anistia difusa em seus termos, promovida no art. 8º do ADCT¹⁶.

Já o Min. Ayres Britto, que também dava provimento parcial à ADPF, divergiu do voto do Min. Relator, contudo, de forma difusa da argumentação do Min. Lewandowski. Um pouco mais passional em seu voto, ao tratar da questão da conexão entre os crimes cometidos no regime-civil militar e a violência estatal, nos mostra Cooper (2018) que

Não enxerga clareza na suposta conexão da lei; quem a redigiu não teve coragem de assumir a intenção de anistiar agentes da repressão. Torturador é um monstro, um tarado e desnaturado; casos de tortura foram excessos dentro de um regime de exceção; torturadores desonraram as Forças Armadas e a maioria dos militares não compactuou com a tortura (p. 43)

Dessa feita, estaria o Estado impedido de deflagrar persecução contra os agentes do Estado por força da Lei da Anistia, o que também contribuiria para não poder se falar em prescrição dos crimes cometidos, posto que, em sua visão, só há prescrição quando o Estado tem a possibilidade de desencadear a persecução penal.

¹⁶ Tabela com os votos, além de grande análise historiográfica sobre o processo, se encontra na dissertação de mestrado de Carolina Castelo Branco Cooper, pela UFF, onde foi orientada por um dos grandes historiadores brasileiros do regime civil-militar, Daniel Aarão Reis.

Outrossim, apesar do debate acalorado no tocante à interpretação de uma das leis mais polêmicas da sociedade, a resposta do Supremo Tribunal Federal foi no sentido de manter a ordem das coisas, não alterando a interpretação da Lei da Anistia, que continuaria a se estender aos agentes do Estado.

Enquadrando a decisão do STF nesta ADPF ao conceito de justiça, muito pode se falar sobre a desvinculação da moral e do direito. Assim, na linha proposta pelo Min. Relator. Eros Grau, pode-se perceber uma angústia do mesmo com as ações praticadas por agentes do Estado durante o regime civil-militar, contudo, ações que não poderiam ser averiguadas pela força da Lei da Anistia, o que fazia com que, mesmo julgando moralmente as ações praticadas, houvesse respeito à legislação e a não sujeição do direito à moral. Assim, ainda que não tenhamos tratado no capítulo anterior, é possível ver uma sobreposição da norma sobre a moral, o que caracterizaria a *justiça* emanada dessa decisão numa linha positivista kelseniana, com orientações hermenêuticas.

É Hans Kelsen quem defende, mormente, a força normativa, o caráter de imposição da Constituição como norma superior à todas as outras e que, através da Constituição, se recebem ou se refutam as demais legislações. Dessa forma, quando o STF declarou que a Lei da Anistia, que veio à luz no longínquo ano de 1979, nove anos antes da promulgação da Constituição Federal, ainda tinha caráter constitucional, justamente pelo caráter transitório e pelo pacto – um contrato social limitado, se olharmos Rousseau – feito entre a sociedade e o governo, o STF estava deixando evidente que a Constituição Federal prevaleceria frente à qualquer argumento moral que viesse de encontro com sua sólida positivação. Tal linha de raciocínio, em que prevalece a interpretação da lei a partir de sua própria escrita, é defendida pela hermenêutica, que almeja justamente a sobreposição da lei às interpretações arbitrárias ou morais dos magistrados.

Assim, o STF julgou na ânsia de promover a centralidade da CF/88 frente aos desígnios morais (que podem ser discutidos na seara moral, e repudiados, como o fez o próprio Min. Relator) da sociedade. Demonstrou que, se tomarmos a linha de Montesquieu, com a separação bem definida dos três

poderes, o que coube ao judiciário, como guardião da norma, era justamente observar a constitucionalidade de uma lei e não a possibilidade de maior ou menor justiça que emanaria nele. O Conselho Federal da OAB, ao propor a ADPF 153, buscou um revisionismo histórico, uma justiça tardia àqueles que foram torturados, às famílias dos desaparecidos e dos assassinados pelos agentes do Estado durante o regime civil-militar, todavia, tentou alcançar seu objetivo através de um revisionismo pautado na revisão da própria legislação. Acreditava que com uma declaração de possibilidade de reinterpretação da Lei da Anistia pelo STF, os agentes do Estado que estavam protegidos sob o véu da legalidade, se encontrariam então expostos e frágeis, podendo então ser inquiridos e responsabilizados sobre as ações que praticaram no passado. O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, não entrou no bojo da argumentação da moral, se reservando, sabiamente, à questão da legalidade. Doravante, em sua decisão, prolatada com apenas duas divergências, deixou bem claro que a moralidade e o direito, apesar de próximas, tomam cada uma a seu caminho, e que a justiça, apesar de falha, deve seguir o caminho do respeito à legislação. Uma vez fragilizada a legislação, ou usurpada por interesses morais (ainda que pareçam mais justos), poderiam contribuir para uma nova ruptura democrática, para caminhar a mais um Estado de Exceção.

3.3. PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO: ENTRE A VIDA E A CIÊNCIA

No entremeio das inovações tecnológicas e científicas que os séculos XIX e XX proporcionaram às sociedades, deu-se início o século XXI. Esse século, que poderia ser cunhado como a era da informação, tamanha a facilidade, mormente pela pluralização da internet, de se acessar informações outrora de árduo acesso, surgiu, então, num ambiente difuso de qualquer século anterior.

No primeiro quinto deste presente século, pudemos apreciar uma expansão formidável dos meios tecnológicos e científicos, como um leviatã que vai crescendo e crescendo, a partir de sua própria constituição. As novas tecnologias permitem novas descobertas científicas, e novas descobertas

científicas permitem o alcance de novas tecnologias, nessa parceria de sucesso que nos alcança cotidianamente.

Tais inovações, tecnológicas e científicas, embora sejam deturpadas em algumas oportunidades, acarretando maleficências para a sociedade, em sua grande maioria, surgem com o intuito de melhorar a nossa forma de vida.

Assim, parte dessas pesquisas científicas, amparadas nos aparatos tecnológicos eficientes da modernidade, visam melhorar a espécie humana e combater males e doenças que por tanto tempo assolaram a sociedade.

No bojo das transformações sociais e políticas, dentro dessa transição científica e tecnológica, em algum momento os pesquisadores compreenderam que o uso de células-tronco poderia ser útil para a compreensão da formação do ser humano, e, conseqüentemente, importante objeto de estudo para melhorar a espécie.

As células-tronco nada mais são do que

Células pluripotentes, ou embrionárias, são assim chamadas por possuir a capacidade de se transformar em qualquer tipo de célula adulta. Elas são encontradas no embrião, apenas quando este se encontra no estágio de blastocisto (4 a 5 dias após a fecundação).¹⁷

Assim, por serem retiradas de um embrião, imensa discussão se promoveu, no âmbito da moralidade, principalmente pela esfera religiosa, posto que, para a religião, a permissão para o uso das células-tronco em pesquisas científicas seria um atentado contra a vida, uma vez que as células tronco eram obtidas de um embrião, o que, na concepção da Fé, é uma vida.

Doravante, pautado nessa questão religiosa, no ano de 2008 o Procurador Geral da República, Claudio Fonteles, adentrou com Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 3510) no âmbito de impedir estudos nessa linha científica.

Em seu livro de comemoração aos trinta anos da promulgação da Constituição de 1988, Lênio Streck (Forense, 2018) criticou veementemente a postura do Procurador Geral da República.

¹⁷ Instituto de Pesquisa em Células Tronco. Disponível em: <<http://celulastroncors.org.br/celulas-tronco-2/>> Acesso em: jun. 2020

Cumpra ainda destacar uma crítica à argumentação do Procurador-Geral da República por ter sido desenvolvida e assentada em pressupostos religiosos, mais especificamente, do catolicismo romano. Por isso, entendeu o advogado da União que também deveria haver uma rejeição dos argumentos expostos na inicial tendo em vista laicidade do Estado Brasileiro, conforme estabelece a Constituição. Correta a crítica da AGU. Em um país com tamanha diversidade religiosa e sob a égide um Estado laico, parece desaconselhável essa mistura de convicções morais com o sentido das leis e da Constituição. (2018, posição 647-651)

Apesar de pertinente, a crítica de Lênio não abrange a totalidade da peça promovida pelo Procurador-Geral. Na ADI 3510, Carlos Fonteles argumenta que a lei de Biossegurança, lei n. 11.105/2005, em seu artigo quinto, que tratava das células-tronco, violava o direito à vida e à dignidade humana. O teor do artigo é o seguinte:

Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

Compreendia o Procurador-Geral da República, através da ADI 3510, que, ainda que *in vitro* e respeitados os ditames de tempo previstos na lei, esta seria inconstitucional, posto que violaria o direito à vida do nascituro, conseqüentemente, também, sua dignidade humana.

A discussão no Plenário do Supremo Tribunal Federal foi calorosa e contou, antes da decisão, com audiência pública, instrumento nunca antes utilizado pela casa, para poder discutir se o embrião, com cinco dias, de onde se retiravam as células-tronco embrionárias, seria concebido ou não de vida.

A matéria contou com a participação de diversos institutos, tanto favoráveis às pesquisas com células-tronco quanto os desfavoráveis,

amparados em matérias religiosas, quando não próprias instituições religiosas, como a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), representada na ocasião pelo prestigiado advogado Ives Gandra da Silva Martins.

Outrossim, em 29 de maio de 2008, o Supremo julgou a ADI, sendo que só seria publicada tal decisão em 28 de maio de 2010, no DJe n. 96., quase dois anos após a decisão.

Na altura da discussão decisória, era composto o Supremo Tribunal Federal da seguinte maneira: O presidente da Corte era o Min. Gilmar Mendes, tendo como demais Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau, Ricardo Lewandowski, Carmen Lucia e Menezes Direito.

A relatoria da ADI 3510 ficou por conta do Min. Ayres Britto, que entendeu não haver necessidade de reparo no artigo da referida lei, não observando nenhum óbice aos direitos à vida e à dignidade humana. Assim, votou pela total improcedência da ação, argumentando que a Constituição Federal garante, para além do direito à vida e à dignidade humana, também o direito à saúde, ao planejamento familiar e, pasmem, à pesquisa científica. Compreendeu o relator que o uso de células-tronco em pesquisas científicas, respeitando os critérios legais, é importante no âmbito do combate às doenças, o que só poderia causar melhoras para a sociedade. Defendeu que a lei 11.105/05, conhecida como Lei de Biossegurança, era bem amarrada entre seus interesses e os limites constitucionais, sustentando o direito à saúde, presente em diversas passagens da Constituição Federal, como uma obrigação do Estado em ser garantido, de forma que, a pesquisa com células-tronco é importante instrumento nessa finalidade. Postulou ainda, o Min., que, a partir dos estudos e dos relatos da audiência pública, concebia a vida apenas quando o embrião tivesse sido implantado em útero humano. Sem participação da futura mãe, sem a formação de um cérebro, o zigoto e, posteriormente, o embrião em seus primeiros dias, não constituiria um ser dotado de vida, tendo então uma realidade jurídica diferente da pessoa natural.

Ao voto do relator seguiu a Min. Ellen Gracie, que o acompanhou integralmente, assim como a Min. Cármen Lúcia e os Ministros Marco Aurélio, Joaquim Barbosa e Celso de Mello.

Os Min. Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Eros Grau, Ricardo Lewandowski e Menezes Direito, por sua vez, julgaram a ação parcialmente procedente, porém compreendiam que haveria necessidade de maior rigor nas fiscalizações sobre os procedimentos que usariam as células-tronco, impondo novas restrições nas pesquisas dessa área, todavia, não as impedindo. Para Menezes Direito, Min. que abriu a divergência, as células-tronco embrionárias são vida humana, compreendendo que destinações para elas que diversas à reprodução humana, acarretariam em violações do direito à vida.

Assim, por seis votos a cinco, foi declarada improcedente a ADI 3510 proposta pelo Procurador-Geral da República.

Tal decisão, no âmbito dos conceitos de *justiça* estudados nos capítulos anteriores, fomenta algumas discussões. Podemos apreciar, desde logo, a interpretação religiosa proposta pelo Procurador-Geral da República, que, apesar de apontar os ditames Constitucionais violados, amparou sua argumentação numa retórica de cunho religioso. Assim, se nos remetemos ao que observamos sobre a justiça religiosa, veremos que o interesse do Procurador-Geral se pautava em valores morais construídos com base nas doutrinas cristãs. Dessa feita, é pela cristandade que se verifica um questionamento muito grande em relação às medidas que sejam contra a vida, como o aborto ou a própria questão das pesquisas com células-tronco. O que parece um pouco hipócrita, vindo de uma instituição que queimou pessoas, em tempos remotos, apenas por julgá-las hereges.

Pautado em uma *justiça* cristã, de defesa à vida em todas as circunstâncias, o argumento proposto na ADI 3510 foi rebatido na linha nietzscheana, rechaçando-se o valor religioso, e também na linha de Kelsen, propondo um Estado-laico, de onde se emana a norma maior, a Constituição Federal, em conflito com valores morais. Assim, refutando o valor moral cristão presente na argumentação da ADI, a tese que sobressaiu vencedora na decisão da Corte obtinha, em linhas gerais, uma discussão a respeito de onde

se iniciava a vida, por onde ouviu diversas entidades que figuraram tanto na audiência pública quanto como *amicus curiae* nesta ação. Ouvidas as instituições e observado o ordenamento jurídico, prevaleceu a lei sobre o valor moral.

A visão cristã de vida, embora respeitada por toda a sociedade, mormente pelo Brasil figurar como uma nação de alta taxa de fiéis cristãos, não se sobressaiu, uma vez que os interesses da sociedade, em um Estado laico e com interesses sociais determinados de forma clara na sua Constituição Federal, tiveram maior força na argumentação da Corte.

Na linha do voto do Min. relator Ayres Britto, ponderou-se – e aqui podemos falar até na justiça principiológica observada em Alexy e Dworkin – que o direito à saúde, a possibilidade de avanços significativos nos combates às doenças e males que chegam ao homem, deveriam prevalecer frente a um argumento religioso, posto que a própria concepção do início da vida ainda causa acaloradas e difusas interpretações.

Colocando nas mãos da balança de Têmis a saúde - através da ciência - e o valor moral religioso, a deusa não esteve vendada, mas com seus olhos bem abertos, pôde notar que era mais válido pensar em avanços científicos e no melhor bem estar social – através da saúde – possível, do que o direito à vida onde nem se poderia argumentar, com solidez, se haveria realmente vida.

3.4. A PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR DO CONTRATO DE LOCAÇÃO: PATRIMÔNIO E DIGNIDADE HUMANA

É sabido que pela legislação brasileira, o bem de família, aquele bem que é primordial para a sua subsistência, que se resume a moradia desta família, é impenhorável. O legislador previu, com a formação do ordenamento jurídico hoje presente, que haveria necessidade de se promover formas do Estado não distribuir mais miséria, o que poderia ocorrer em um caso onde o bem de família fosse penhorado.

Isso ocorria para que, uma parte devedora, independentemente de sua capacidade financeira, sempre que tivesse bens, conservasse ao menos uma

cota, como bem de família, que fosse suficiente para a manutenção, ao menos, de sua moradia.

Assim, no artigo primeiro da lei n. 8.009/90, dita-se:

Art. 1º O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei.

Contudo, apesar da previsão legal oriunda da lei, coube ao Supremo Tribunal Federal decidir se se aplicaria a impenhorabilidade do bem de família em casos onde houvesse o pedido de penhora ao bem de um fiador de contrato de locação.

Isso se deu pois, em caso ocorrido no estado de São Paulo, um fiador teve seu bem de família penhorado e, após ter seus recursos negados, entrou com o Recurso Extraordinário 407.688/SP, junto ao STF, para demandar a inconstitucionalidade do art. 3º, VII da referida lei 8.009/90, posto que, na interpretação de seus defensores, a mesma não seria recebida, constitucionalmente, pelo surgimento da EC 26/2000 que adicionou à Constituição Federal o direito fundamental à moradia.

Assim, em 08 de fevereiro de 2006, foi decidido e elaborado o acórdão deste Recurso Extraordinário. À época, constituía-se o Supremo Tribunal Federal pelos Ministros Nelson Jobim, nessa altura, o presidente da Corte, além de Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Ayres Britto, Joaquim Barbosa e Eros Grau.

A relatoria do Recurso Extraordinário ficou a cabo do Min. Cezar Peluso, que votou pela improcedência do recurso, argumentando que haveria nesse caso um conflito entre o direito social da moradia e a questão das prestações e obrigações, onde a questão do direito social da moradia, em poucas vezes, teria uma exposição material por parte das ações cabíveis pelo Estado, restando mais na seara subjetiva, como compreensão da exigibilidade da nação em promover-la, mas não em predominá-la em todos os casos frente à questões fatídicas, tais quais as discutidas no recurso, donde havia uma dívida de fiador por contrato de fiança. Assim, compreendeu o Min. Relator que, ponderando entre a obrigação contraída pelo fiador na assinatura do contrato

de fiança e o direito à moradia, latente na Constituição Federal, havia de se prevalecer a primeira questão, por força contratual e também por ser mais exigível a solução da obrigação do que o direito subjetivo à moradia. Com isso, quis salientar que, uma vez que a parte se compromete em ser fiadora num contrato de locação, assume os riscos inerentes ao contrato assinado, de forma que, na falta de quitação da obrigação pela parte contratante, restará ao fiador responder pela mesma com o seu patrimônio, mesmo que seja o bem de família. Ressaltou, todavia, que só acatava a penhorabilidade do bem de família após o esgotamento de outras garantias que fossem suficientes para a quitação da obrigação adquirida.

O voto do Min. Relator foi acompanhado pelos Ministros Nelson Jobim, Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa.

A divergência foi sustentada pelos Ministros Eros Grau, Celso de Mello e Ayres Britto, que defendiam a impenhorabilidade do bem de família e a não recepção do art. 3º, VII da lei 8.009/90 pela Constituição Federal após o advento da EC 26/2000 que inseriu o direito à moradia como direito fundamental no art. 6º da Carta Magna. Todavia, foram votos vencidos.

Assim, com a rejeição do recurso extraordinário, restou no acórdão a decisão de que, em casos onde o fiador se compromete à fiança em contrato de locação, é possível que, na falta da quitação das obrigações, seu bem de família seja penhorado.

No âmbito da análise de qual justiça prepondera nesse caso, podemos tomar o argumento mais comum que é analisar se há justiça em tomar o imóvel de uma família que, por conta da inadimplência do contrato da qual foi fiador, lhe onerou a dívida.

A priori, parece que não. Afinal, em um Estado democrático de direito que preza pelo combate à desigualdade e por direitos fundamentais, nos quais se insere o direito à moradia, penhorar o único imóvel de uma família por conta de uma obrigação que nem foi contraída em seu nome, parece rígido e injusto.

Todavia, cabe pensar também pelo outro lado. É justo ao locador, que cedeu um espaço para locação e teve a obrigação de receber proventos deste contrato não cumprida, mas que vê no fiador - que tem um bem que pode, se penhorado, vir a cumprir com a obrigação – a única chance de não arcar com o prejuízo do contrato firmado, perder qualquer oportunidade de fazer sua obrigação cumprida, pelo fato do fiador declarar que o único bem que lhe resta é o de família?

Assim, têm-se um conflito de normas onde fica claro que qualquer lado tomado gera injustiça para o outro, onde é difícil alegar qual lado tem razão, posto que ambas as partes argumentam de forma sólida o grande prejuízo que podem ter, a depender da decisão obtida.

Esse caso, que não teve tanta repercussão midiática, demonstra uma face um pouco distante no direito brasileiro, não muito observada após o advento da CF/88. Não se trata de uma crítica à CF, de forma alguma, pelo contrário, acreditamos que a mesma é sólida e profícua no âmbito de uma sociedade menos desigual e mais isonômica, todavia, o que se verifica após o seu advento, é a predominância do *valor social* dos direitos em predominância frente às obrigações adquiridas.

Evidente que tal prática colabora no combate a muitas desigualdades, como pode se constatar ao observar o direito do consumidor, onde a exploração do mesmo em contratos com cláusulas abusivas passou a ser fortemente combatido pelo Governo, que propôs, com base na CF/88, uma maneira eficiente e alicerçada na legislação de impor relações menos desiguais em contratos de consumo.

Contudo, percebe-se que muitos contratos firmados, com base nos direitos e obrigações fixados no Código Civil, acabam sendo alvo de propostas e mais propostas de revisões, por entenderem, quase sempre, uma desvantagem de uma parte frente à outra. Com isso, a força normativa das obrigações, que era preponderante antes do advento da CF/88, passou a dar espaço para maior intervenção estatal, sendo antes uma camada quase que exclusivamente do direito privado.

Assim, tal decisão do STF sobre o recurso extraordinário, revive os momentos de predominância do direito privado, do contrato firmado, frente ao *valor social* dos direitos. Como argumenta o Ministro Relator, é claro que o Estado deve proteger o direito à moradia e atuar de forma a mitigar a falta de acesso da população a este bem, todavia, não cabe ao Estado, em todos os casos, intervir em cada contrato firmado, com a finalidade de revisar e demandar o que é justo ou injusto em cada cláusula. Doravante, demonstrou o STF, que embora guardião da Constituição Federal, não pode servir como razão para revisões contratuais, ainda que a valoração do bem discutido seja gritante.

Ora, é fácil perceber como a perda de um bem de família pode ser considerada uma ação de injustiça, mas há de se pensar nos critérios de boa-fé do locador no momento de ceder o alvo da locação para o locatário e a promessa, firmada e reconhecida, pelo fiador em sanar a obrigação caso a mesma não fosse cumprida pelo locatário. Dessa forma, é possível entender que inadimplência da obrigação também gera uma grande injustiça, pois, outrora de boa-fé locando seu imóvel, o locador só teria prejuízos se não pudesse, de alguma forma, recuperar o valor da obrigação firmada.

Assim, embora a muitos tal decisão seja injusta e conflite com os valores constitucionais defendidos pelos ministros do STF, é possível ver que o Min. Relator, ao tratar da questão, buscou ponderar, na visão *alexiana* e *dworkiana* de justiça a preponderância do valor social da moradia e o peso da obrigação contraída pelo fiador. Coube a ele interpretar que o segundo peso era mais justo de se sanar do que o primeiro, mas uma decisão que viesse com entendimento contrário também não seria estranha, mormente pelas orientações jurisprudenciais que ocorrem pós-CF/88.

Coube ainda uma menção, essa de nossa parte, ao pensamento positivista. O Min. Relator argumenta que o art. 3º, VII da lei 8.009/90 não confronta o dispositivo constitucional, demonstrando então a força da norma maior, dentro da hierarquia, e como existe o conflito e a convivência dessa Carta Magna com a norma infraconstitucional, onde, caso haja conflito, haverá de restar a Constituição como mais valorosa. Dessa feita, o Min. Relator não se preocupou com questões principiológicas, interpretações morais ou discussões

acaloradas sobre o assunto, apenas discutiu se a obrigação contraída pelo fiador haveria de ser aceita, observando os moldes constitucionais, optando, a partir da interpretação hermenêutica da lei, em crer possível a penhora do bem de família do fiador, de acordo com o disposto na lei 8.009/90.

Tal decisão foi elogiada por Lênio Streck em sua já citada obra sobre os trinta anos da Constituição Federal, que compreende o argumento do Min. Relator e o endossa, fazendo coro à interpretação hermenêutica proposta pelo Min. Cezar Peluso em sua relatoria.

Doravante, neste caso, pudemos ver uma decisão difusa do que se era esperado, mormente pela tendência do STF em julgar, a partir da ótica constitucional, os casos baseados em *valores sociais*, tendo, desta feita, defendido a quitação da obrigação inadimplente, uma vez que não percebeu discordância da norma vigente com a obra constitucional. Assim, com a ideia da ponderação, vista tanto em Alexy quanto em Dworkin, fazendo uma interpretação positivista e hermenêutica, a justiça que se emanou dessa decisão preponderou o direito de quitar a obrigação frente ao direito do fiador em manter seu bem de família impenhorável.

3.5. A UNIÃO HOMOAFETIVA: ENTRE A RELIGIÃO, A FAMÍLIA, O ESTADO LAICO E O DIREITO DE ESTAR

O reconhecimento de casais homoafetivos e o contínuo combate a qualquer tipo de discriminação por orientações sexuais tem cada vez mais crescido no Brasil. Em pleno séc. XXI é inaceitável qualquer comportamento de viés homofóbico ou discriminatório em qualquer escala que seja.

Evidente que nem sempre foi assim, posto que por muito tempo o preconceito e a discriminação foram as marcas do tratamento com as minorias brasileiras, marcas que ainda se encontram na sociedade, contudo, mitigadas.

Assim, no bojo de colaborar no combate contra a discriminação, o estado do Rio de Janeiro entrou com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, com a finalidade de que o Supremo Tribunal Federal interpretasse a Constituição Federal de forma a pacificar a possibilidade de união estável entre casais homoafetivos, uma vez que,

embora evoluído o índice de decisões nesse sentido, não havia ainda uma integralidade das decisões no âmbito de reconhecer tal feito.

Vale a rápida menção que o procurador do estado do Rio de Janeiro à época dessa arguição era Luís Roberto Barroso, hoje ministro do Supremo Tribunal Federal.

Em artigo de sua autoria, ele postula que a petição do estado:

No mérito, a petição inicial apresentou duas teses jurídicas principais. Antes, porém, de demonstrá-las, foram declinadas as premissas filosóficas sobre as quais se fundava a ação, quais sejam: a) a de que homossexualismo é um fato da vida. Seja ele considerado uma condição inata ou adquirida, decorra de causas genéticas ou sociais, a orientação sexual de uma pessoa não é uma escolha livre, uma opção entre diferentes possibilidades. Ademais, o homossexualismo – e as uniões afetivas entre pessoas do mesmo sexo que dele decorrem – não viola qualquer norma jurídica, nem é capaz, por si só, de afetar a vida de terceiros; e b) a de que o papel do Estado e do Direito, em uma sociedade democrática, é o de assegurar o desenvolvimento da personalidade de todos os indivíduos, permitindo que cada um realize os seus projetos pessoais lícitos. O Poder Público não pode nem deve praticar ou chancelar o preconceito e a discriminação, cabendo-lhe, ao revés, enfrentá-los com firmeza, provendo apoio e segurança para os grupos vulneráveis. (BARROSO, 2012, p. 122)

Assim, amparou a argumentação do estado do Rio de Janeiro a ideia de que os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade e da segurança jurídica seriam lesadas se não houvesse o reconhecimento da possibilidade de reconhecimento das uniões homoafetivas, sendo que, no calor das transformações sociais vividas, já era mais do que necessário que a legislação abarcasse esse tipo de relação, tão comum na nação. Doravante, no âmbito de combater a discriminação e a desigualdade seriam amparados pela pretensão do estado do Rio de Janeiro, urgindo a necessidade de relações homoafetivas gerarem efeitos jurídicos. Não só no âmbito social da situação, mas também pelo benefício dentro do próprio direito, pois, uma vez resolvida a questão da união homoafetiva, uma vez amparada pela legislação, seria menos trabalhoso e mais fácil resolver dissoluções e conflitos advindos desses casais homoafetivos. Argumentou também, o estado do Rio de Janeiro, que a falta de reconhecimento aos casais homoafetivos encontrava alicerce em um argumento moral de cunho religioso que já não encontrava sustento no seio do mundo contemporâneo, que se une no combate às discriminações. Posto isso, pela força da laicidade do Estado,

não era crível que qualquer discussão pautada na visão religiosa, ainda que o Brasil seja um país de absoluta maioria cristã, pudesse ser tomada como referência em contrário com o disposto constitucional.

Alicerçados nesses argumentos, peticionou o estado do Rio de Janeiro a ADPF 132 e a ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade) 4.277, que foram julgadas a par, no intuito de gerar interpretação da norma acatando a união estável entre casais homoafetivos, como forma de pacificar o tema, ou, em caso de entendimento contrário, ao menos uma interpretação análoga, visando uma hermenêutica pautada no contexto da sua criação, compreendendo a possibilidade de estabelecimento da união estável de casais homoafetivos por conta de lacuna existente na lei.

Assim, coube ao Min. Ayres Britto a relatoria do caso, que foi julgado no dia cinco de maio de 2011.

Nessa altura, compunha-se o Supremo Tribunal Federal dos seguintes Ministros: a frente da Corte, como Min. Presidente, encontrava-se Cezar Peluso, com o restante da casa contando com Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Ayres Britto – relator desta ADPF, como já dissemos -, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli e Luiz Fux.

Barroso explana que, sobre a votação,

Em seu voto-condutor, o Ministro Carlos Ayres Britto acentuou a liberdade individual, o direito à intimidade e à privacidade das pessoas, além de enquadrar a orientação sexual como direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, percorreu os dispositivos constitucionais que vedam tratamento discriminatório em razão do sexo, de modo a concluir que eventual interpretação reducionista do conceito de família iria de encontro a princípios constitucionais, bem como redundaria em discurso homofóbico ou preconceituoso. Nesse sentido, os casais homoafetivos teriam o mesmo direito subjetivo titularizado pelos casais heteroafetivos de formar uma família. Em conclusão, o Ministro-Relator atribuiu ao art. 1723 do Código Civil interpretação conforme a Constituição, para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união estável (contínua, pública e duradoura) entre pessoas do mesmo sexo como família, reconhecendo a aplicação das mesmas regras e consequências conferidas à união estável heteroafetiva. (BARROSO, 2012, p. 124)

Com o voto do Min. Relator Ayres Britto indo de encontro com o requisitado na ADPF, todos os Ministros da casa foram de acordo, tendo então,

um caso raro de unanimidade na Corte. Apenas o Min. Dias Toffoli não proferiu voto, porém, estava impedido de fazê-lo, pelas regras da Corte.

Assim, a partir da publicação do acórdão, houve o reconhecimento da união estável entre casais homoafetivos, de forma vinculante, o que trouxe um entendimento pacífico e segurança jurídica nas decisões de graus inferiores que tratavam desse tema. A decisão foi muito comemorada pelas entidades defensoras de causas LGBT, além da própria comunidade, no que consideraram uma vitória contra o preconceito e um marco no âmbito do reconhecimento de suas escolhas. O jurista Lênio Streck, sempre lembrado nesta obra pela importância de sua contribuição para a doutrina nacional, criticou a decisão, em seu livro sobre os trinta anos da Constituição Federal, dizendo que, apesar de favorável ao reconhecimento da união estável entre casais homoafetivos, apesar da laicidade do Estado, apesar do valor moral da discussão, apesar do seu posicionamento contrário ao preconceito e a qualquer tipo de discriminação, não cabia ao STF em definir tal interpretação, posto que a hermenêutica não daria margem a tal visão extensiva. Segundo o jurista, caberia ao Poder Legislativo a tarefa de instituir nova legislação que revisasse a legislação em voga ou criasse nova legislação no âmbito de definir e instituir os efeitos jurídicos da união estável entre casais homoafetivos.

Ao falar da *justiça* que emanou dessa decisão, podemos, novamente, em primeiro plano, lançar mão de como o argumento moral religioso se encontrava presente, uma vez que o cristianismo é uma notável corrente no pensamento brasileiro, e que o mesmo instituiu a não aceitação da homossexualidade, era possível compreender porque o legislador, na elaboração da Constituição Federal, foi omissivo com relação aos casais homoafetivos. Isso também data do contexto histórico, posto que, apesar das contínuas lutas por reconhecimento nas relações não heterossexuais, foi no século XXI que tal causa alcançou um novo *status*, com uma aceitação e um discurso mais abrangente, que pôde se distinguir aos quatro cantos do mundo. Assim, foi no calor das transformações sociais iminentes que se constituiu uma nova relação societária onde havia a necessidade de se debruçar sobre a questão da relação homoafetiva, uma vez que esta se tornava cada vez mais normalizada na sociedade. Outrossim, apesar do discurso religioso latente em

negar provimento à ADPF, amparado nas raízes cristãs do Brasil, tal argumento já não fazia sentido em pleno séc. XXI, um século que tem, em seu início, sido reconhecido pelo esforço global de combater a discriminação e o preconceito em todas as esferas.

Doravante, combatida a visão de justiça religiosa, que buscou alicerçar raízes dentro do Estado laico e combater qualquer preceito que fosse contra a moral cristã, os Ministros do Supremo Tribunal Federal tiveram de compreender o momento vivido pelo Brasil, na altura do julgamento, para compreender qual o papel da Instituição e da união estável nesse meio.

Com o início da segunda década do século, não era mais crível que coubesse qualquer tipo de discriminação e preconceito contra grupos minoritários. A ideia democrática pregada a partir da Constituição Federal previa a garantia de respeito a todos os grupos – respeitados seus próprios critérios – e o combate à desigualdade. O mundo havia mudado, dentro da visão que se ampara na sociologia de Norbert Elias, tendo então uma nova espécie de sociedade que, amparada nas ideias de dignidade da pessoa humana e da liberdade, sustentadas pelas declarações da Organização das Nações Unidas, não toleraria a discriminação.

Assim, é possível perceber a partir dessa decisão do Supremo Tribunal Federal como se fez presente a discussão das mudanças sociais elencadas e trazidas para o século XXI, o que demandava, por parte do legislador e do interprete, uma visão mais ampla e de acordo com essa nova sociedade que surgia. Tal como previa Norbert Elias em sua brilhante obra que os tempos se alternavam de acordo com costumes que se normalizavam na sociedade, isso veio a ocorrer com a questão da união homoafetiva. Tornou-se normal ver duas pessoas do mesmo sexo morando juntas, tornou-se normal aceitar esse tipo de relação e mais, aceitar novas formas de família. Se antes era normatizado apenas a família tradicional, entre pai, mãe e filhos, agora se normalizavam os novos núcleos familiares: a família homoafetiva, a multiparentalidade, a família anaparental, dentre outras formas. Mas veja bem, se normalizava, o caminho da normatização ainda estava distante.

Como se sabe, contudo, uma das fontes do direito se deita exatamente sobre os costumes. A partir disso, novamente sob a ótica sociológica de Norbert Elias, o julgamento da ADPF 132 trouxe à luz uma visão epistêmica de aceitar a normalidade das uniões homoafetivas e, a partir disso, normatizá-las, transformá-las em legislação, no âmbito de integralizá-las dentro do ordenamento jurídico pátrio e constituir efeitos jurídicos que alcançassem a todos os cidadãos, conforme preconiza a Constituição Federal.

É possível ainda fazer uma análise baseada em mais duas conceituações de *justiça* na referida decisão do Supremo Tribunal Federal. De um lado, é possível ver na argumentação do Min. Relator Ayres Britto a terminologia do *véu da ignorância* de Rawls, por onde o Ministro faz um exercício de alteridade ao compreender injusta a formação de uma sociedade brasileira, amparada nos preceitos constitucionais, onde não houvesse igualdade de direitos aos casais heteronormativos e aos casais homoafetivos.

Além disso, é possível observar a visão da filosofia de Amartya Sen muito presente em toda essa discussão, pois se amparava o discurso do Min. Relator, acompanhado de forma unânime pelos demais Ministros da Corte que o reconhecimento da união estável entre casais homoafetivos, além de uma necessidade dos tempos presentes, seria também uma forma de combater uma injustiça, posto que já era comum dentro da sociedade brasileira esse tipo de relação, e o atraso em normatizar e gerar efeitos jurídicos, reconhecendo tais uniões no ordenamento jurídico, apenas colaborava na disseminação do preconceito, contribuindo para aumentar uma injustiça. Dessa forma, a interpretação emanada do acórdão do Supremo visou também o combate da injustiça, para mitigar uma conduta que até o momento de sua publicação, atrapalhava a vida de milhares de casais, que sob a sombra da dúvida, conviviam com o preconceito e a insegurança, mas que, embora não tenha mudado da noite para o dia, viu uma luz no fim do túnel, uma nova forma de viver, de estar, de ser. Dessa vez, sob a chancela de um ordenamento condizente com o seu tempo vivido.

3.6. COTAS, DÍVIDA HISTÓRICA E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Uma das discussões mais acaloradas, conflitantes e permanentes dentro da sociedade brasileira se constrói sobre o caso das cotas raciais, que permitem uma porcentagem de concursos e vestibulares destinados a concorrentes negros.

Esse sistema de cotas se baseou em um termo que foi cunhado como *dívida histórica*. A premissa é a de que, após tantos séculos de escravidão no Brasil, com opressão e violência inimagináveis contra os escravos negros que vinham forçados para o Brasil, fora aqueles que aqui nasceram e permaneceram a vida toda na condição de escravos, era necessário, por parte de um Estado que se julgava democrático e de direito, promover medidas com o intuito de diminuir todo o ranço que se alastrou com a escravidão, e, doravante, fomentar a inserção do negro na sociedade brasileira, permitindo seu ingresso obrigatório – dentro da % da cota e também para os aprovados em ampla concorrência – tanto nas esferas públicas, através dos concursos e processos seletivos de admissão quanto também nas universidades, onde teriam maiores oportunidades de expandir os estudos e assim, com currículos e históricos bons, poderiam ter mais chances dentro do mercado de trabalho e, conseqüentemente, melhores oportunidades na vida.

Todavia, o sistema de cotas também sofreu forte escrutínio de boa parcela da população, mormente a parcela conservadora e liberal, por alguns motivos. Dentre eles, um era de rechaçar qualquer possibilidade de dívida histórica, aduzindo que a escravidão já havia acabado há mais de um século e que a população brasileira atual não era, de forma alguma, responsável por qualquer ato, repudiante ou não, relacionado à escravidão, de forma que não tinha, por consequência, a necessidade estatal de *reparar* esses erros do passado criando um sistema que, em suas visões prejudicava a ampla concorrência. O argumento da ampla concorrência encontra forte amparo na questão da meritocracia, pois defendem alguns contrários ao sistema de cotas justamente que a inserção do sistema cotista é uma afronta ao princípio da igualdade, pois tira a isonomia dos candidatos de um certame, de forma a favorecer uma parcela, o que seria contrário à ideia de meritocracia, que, em

suas opiniões, deveria ser o padrão na nação. Há ainda quem diga que o sistema de cotas, ao invés de combater o racismo, promove-o ainda mais, por assim dizer, pois ao separar uma porcentagem exclusiva para o negro, estaria dizendo para o restante da população de que tal negro não teria condições por si só de alcançar a vaga se disputasse com a ampla concorrência, o que então geraria um sentimento de inferioridade com a comunidade negra.

Assim, no ano de 2000, o Rio de Janeiro promoveu uma lei com o interesse de instituir um programa de cotas para que 45% das suas vagas universitárias fossem destinadas para estudantes oriundos de escolas públicas, que no outro ano se transformou em outra lei também atingindo novo sistema cotista com base em cor da pele. Poucos anos depois, a Universidade de Brasília (UnB) também promoveu um sistema de cotas, por onde reservava 20% de suas vagas para negros e índios.

Em 2009, o Partido Democratas (DEM), ajuizou uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 186, na linha de violação ao direito de igualdade, questionando a constitucionalidade do sistema de cotas da UnB. Dessa forma, pediu liminar suspendendo a matrícula dos alunos que foram aprovados pelo sistema cotista, solicitando nova divulgação de lista de aprovados, por parte da organizadora do certame, a Cespe, sem a inclusão da porcentagem dos cotistas. Para além disso, na inicial também peticionou sobre a suspensão de todos os processos, estaduais e federais, que versassem sobre as cotas, para que somente após o julgamento da ADPF, que traria segurança jurídica e pacificação sobre o assunto, fossem retomadas.

A ADPF teve como Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, e foi julgada em 26 de abril de 2012. Nessa altura, o STF era composto pelos seguintes Ministros: Ayres Britto na presidência da casa, junto de Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski – relator -, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux e Rosa Weber.

Quando da decisão, o Min. Dias Toffoli não se encontrava presente à Corte, de forma que, com justificativa de sua ausência, não votou neste pleito. De resto, o voto do Min. Relator. Ricardo Lewandowski foi de rechaçar a liminar pretendida pela Arguição, além de refutar os argumentos levantados na inicial,

entendendo a constitucionalidade – e a necessidade – do sistema de cotas como forma de promover maior equidade dentro da sociedade brasileira.

Seu voto foi seguido por unanimidade, algo que, como vimos no tópico anterior, é raro dentro das decisões do Supremo Tribunal Federal, de forma que foi julgada improcedente a ADPF promovida pelo DEM e declarada constitucional qualquer medida que visasse a promoção de cotas para acesso ao ensino superior ou também em concursos e processos seletivos públicos, como forma de mitigar desigualdades sociais latentes ainda na sociedade, muitas delas com raízes históricas que remetem à escravidão.

A ADPF contou com diversos *amicus curiae*, dentre eles o grupo Educafro – Educação e Cidadania de Afrodescendentes e Carentes, a Fundação Cultural Palmares, o Movimento Negro Unificado, o Movimento Pardo-Mestiço Brasileiro, a Fundação Nacional do Índio, o Instituto de Advocacia Racial e Ambiental, a Defensoria Pública da União, o Movimento Contra o Desvirtuamento do Espírito da Política de Ações Afirmativas Nas Universidades Federais, o Instituto de Direito Público e Defesa Comunitária Popular, a Associação Nacional dos Advogados Afrodescendentes, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e a Associação Direitos Humanos em Rede – Conectas Direitos Humanos.

Em seu voto, o Min. Relator citou diretamente o jusfilósofo John Rawls, aduzindo que seu conceito de justiça distributiva teria sido recebido da promulgação da Constituição Federal de 1988. Nessa linha, sustenta:

No que interessa ao presente debate, a aplicação do princípio da igualdade, sob a ótica justiça distributiva, considera a posição relativa dos grupos sociais entre si. Mas, convém registrar, ao levar em conta a inelutável realidade da estratificação social, não se restringe a focar a categoria dos brancos, negros e pardos. Ela consiste em uma técnica de distribuição de justiça, que, em última análise, objetiva promover a inclusão social de grupos excluídos ou marginalizados, especialmente daqueles que, historicamente, foram compelidos a viver na periferia da sociedade. (ADPF 186, 2012, p. 53)

E, partindo da premissa do combate à desigualdade, se amparando em princípios constitucionais e desenvolvendo a tese de uma dívida histórica, defendeu a manutenção do sistema de cotas e também incentivou tal prática, posto que seria uma maneira de melhorar um sistema muito desigual que se alastra no Brasil.

Com relação à *justiça* que emana dessa decisão, é possível distinguir alguns modelos. De início, o próprio Min. Relator Ricardo Lewandowski já cita em seu texto a importância da obra de John Rawls no intuito de promover uma justiça distributiva. Assim, é possível conceber que sua influência no voto do ministro é latente, posto que se coloca como um argumento a favor das cotas, pois, tal ação afirmativa seria importante para distribuir a justiça de acordo com uma escala de equidade, onde grupos minoritários tem uma necessidade dessas políticas afirmativas para se inserir numa sociedade que sempre lhe segregou e que defende que as chances de galgar degraus na vida em sociedade são iguais a todos.

Mas é possível ver também como os Ministros se detiveram em questões de ponderação, na linha dos autores que tratam de princípios, como Alexy e Dworkin. Ponderou-se, de imediato, se a liberdade, a livre concorrência e a igualdade para todos estaria sendo respeitada com a inserção de políticas afirmativas. A pergunta era, as cotas geram maior desigualdade ou distribuem a possibilidade de maior igualdade? Assim, é possível antepor a política afirmativa, gerando uma porcentagem de vagas exclusiva para determinado grupo em detrimento da sociedade, o que não deixa de ser uma supressão do direito de igualdade? Compreendeu o Supremo Tribunal Federal que sim. Que no embate entre o princípio da igualdade e o princípio da dignidade da pessoa humana, amparada neste caso pela finalidade do Estado brasileiro de combater a desigualdade, que a previsão de cotas raciais e políticas afirmativas seria um benefício sobreponderado na balança ao lado do direito de igualdade. Dessa forma, a igualdade seria diferente, na medida de cada um, aduzindo ao conceito de justiça que se viu presente já em Aristóteles, de dar a cada um o que lhe é devido, na medida de suas necessidades.

Entendeu o Supremo Tribunal Federal que num Estado que ficou marcado pela intensa desigualdade durante boa parte de sua história, que por mais de três séculos teve como marca a escravidão, que passou por muitas dificuldades para consolidar-se como um Estado Democrático de Direito, tendo também como uma ferida em sua história a supressão de direitos e a opressão à sua sociedade, as politicagens e um patrimonialismo sem limites, uma nação onde a justiça nunca fora muito respeitada, que era a hora de transformar tal

visão. Era hora de resgatar valores cunhados no âmbito de mitigar todo o peso histórico que gerou a sociedade atual. Assim, uma sociedade com consciência histórica do passado sombrio que vivenciou, concatenada em princípios constitucionais que pregam o respeito e a dignidade da pessoa humana, seria devidamente favorável a proporcionar formas de trazer aquelas parcelas da sociedade que durante toda a história foram deixadas à margem para o centro, nem que com isso tirasse um pouco da igualdade na concorrência entre seu próprio povo, pois, viu como justo abrir mão de uma pequena porcentagem da igualdade para abrir uma pequena porcentagem para o combate à desigualdade.

A decisão do Supremo Tribunal Federal foi como um recado que retumbou nas paredes da história nacional: nós fizemos, nós vimos, nós nos omitimos, agora, mesmo que tarde, nós faremos algo a respeito, nós nos desculparemos e nós tentaremos, de alguma forma, caminhar para que isso nunca mais venha a ocorrer.

3.7. AS BIOGRAFIAS NÃO AUTORIZADAS: A QUEM PERTENCE A MINHA HISTÓRIA?

O caso das biografias não autorizadas talvez seja um dos casos mais emblemáticos da história recente do Supremo Tribunal Federal. Tal afirmação se ampara no caráter subjetivo que este processo acarreta em cada indivíduo que vive o seu cotidiano e tem a sua própria vivência.

Isso porque o Supremo Tribunal Federal, neste caso, discutiu se era possível que qualquer pessoa, sem a autorização do biografado, pudesse escrever uma biografia. Doravante, debateu o Supremo o alcance, dentro da esfera constitucional, de uma biografia não autorizada e seus efeitos, posto que o biografado, na qualidade de protagonista na obra que terá como plano de fundo sua própria vida, poderia argumentar ser o titular de sua própria vida, razão pela qual poderia se negar com que sua história fosse retratada por um terceiro.

Concomitante a isso, temos a figura do biógrafo, que muitas vezes, por depender da autorização do biografado, encontra limites ao seu direito de

informação, que trabalha arduamente com fontes para poder elucidar fatos da vida do biografado que podem ser até então desconhecidas.

Trata-se, então, de um debate deveras complexo, pois confronta o direito de livre pensamento e de acesso à informação, o direito de liberdade de um biógrafo frente ao direito de não produzir prova contra si, o direito de privacidade e também o direito de liberdade do biografado em permitir ou não que a sua história seja contada por um terceiro.

E foi nessa linha que, em 2012 a Associação Nacional dos Editores de Livros ingressou com uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.815, peticionando também por cautelar, no intuito de uma interpretação dos artigos 20 e 21 do Código Civil para que, no tocante às biografias, fosse inconstitucional a necessidade de prévia autorização por parte do biografado. A Associação argumentou que o que ocorria dentro do Poder Judiciário não trazia segurança jurídica, posto que alguns magistrados compreendiam pela literalidade dos artigos, o que violaria liberdades de manifestação do pensamento e também a atividade intelectual, artística, científica e de comunicação aos biógrafos, além do acesso à informação.

Em novembro de 2013, mais de um ano após ingressada a ADI, realizou-se audiência pública nas dependências do Supremo Tribunal Federal, na ânsia de colher informações e opiniões diversas a respeito do tema. Houve até manifestação de grupo de artistas que se juntou e se posicionou de forma contrária ao postulado pela Associação.

O processo ganhou grandiosa repercussão devido a um embate na mesma linha argumentativa ocorrido alguns anos antes também no Brasil. Ocorre que um biógrafo, jornalista e historiador, Paulo Cezar Araújo, foi processado por Roberto Carlos, alcunhado como *rei* e tido como um dos maiores artistas musicais da história nacional, por conta do lançamento de uma biografia não autorizada, no ano de 2006. Ainda na ocasião do processo, Roberto Carlos conseguiu uma medida por onde foram recolhidas todas as obras postas para comercialização de sua biografia, o que ocasionou ao autor, Paulo Cezar Araújo, a elaboração de uma obra onde conta sua versão do

processo, *O réu e o rei: Minha história com Roberto Carlos, em detalhes* (Companhia das Letras, 2014).

Dessa forma, os contornos da ADI promovida pela Associação, reatou um caloroso debate que há pouco já tomara as páginas da grande mídia e também as conversas populares, uma vez que a figura de Roberto Carlos é grandiosa dentro do Brasil e, portanto, seu processo contra o jornalista, historiador e biógrafo Paulo Cezar Araújo obteve grande repercussão.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.815 teve como Min. Relatora Cármen Lúcia. Peticionada em 2012, com a audiência pública realizada em 2013, o processo só foi julgado pelo Plenário da Corte em 10 de junho de 2015. Entre os *amicos curiae* que participaram da Ação, encontra-se o Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro, a organização Artigo 19 Brasil, a Academia Brasileira de Letras, a Associação Eduardo Banks, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o Instituto dos Advogados de São Paulo e o Instituto Amigo.

Na ocasião da decisão, o Supremo Tribunal Federal se compunha pelos seguintes Ministros: Ricardo Lewandowski, então presidente da casa, acompanhado de Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia – a relatora desta ADI -, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki e Roberto Barroso.

O Ministro Teori Zavascki não votou nesta decisão pois encontrava-se ausente da nação, representando o STF na Turquia em um evento sobre o Tribunal de Disputas Jurisdicionais da Turquia, que na ocasião comemorava 70 anos de existência. Na ocasião dessa decisão, vale salientar também que o STF se compunha de apenas 10 ministros, posto que estava ocorrendo o processo de sabatina e admissão de Edson Fachin, que viria a adentrar na Corte poucos dias depois de prolatada esta decisão.

No voto da Min. Relatora, Cármen Lúcia defendeu os pontos elencados pela ADI 4.815, entretanto negou a medida cautelar proposta. Assim, a Ministra defendeu que a Constituição Federal prevê casos onde há dano à honra, à imagem ou à intimidade das pessoas, por onde cabe indenização da parte ofendida, caso o lançamento de alguma obra em seu desfavor lhe seja

prejudicial nessas esferas, todavia, isso não obsta que tais obras sejam lançadas. É necessário primeiro verificar o grau do dano para só então promover medidas assecuratórias da defesa da honra, da imagem e da intimidade, posto que, promover o contrário seria prévia censura, o que se rechaça de imediato pela interpretação que se faz da Constituição Federal.

O voto da Min. Relatora foi seguido por unanimidade pelos demais ministros da casa, sendo que restou única a tese da Min. Relatora, com o que a decisão se seguiu nas seguintes linhas:

O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto da Relatora, julgou procedente o pedido formulado na ação direta para dar interpretação conforme à Constituição aos artigos 20 e 21 do Código Civil, sem redução de texto, para, em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão, de criação artística, produção científica, declarar inexigível o consentimento de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo por igual desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas). Falaram, pela requerente Associação Nacional dos Editores de Livros – ANEL, o Dr. Gustavo Binenbojm, OAB/RJ 83.152; pelo amicus curiae Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro – IHGB, o Dr. Thiago Bottino do Amaral, OAB/RJ 102.312; pelo amicus curiae Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB, o Dr. Marcus Vinicius Furtado Coelho, OAB/PI 2525; pelo amicus curiae Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP, a Dra. Ivana Co Galdino Crivelli, OAB/SP 123.205-B, e, pelo amicus curiae INSTITUTO AMIGO, o Dr. Antônio Carlos de Almeida Castro, OAB/DF 4107. Ausente o Ministro Teori Zavascki, representando o Tribunal no simpósio em comemoração aos 70 anos do Tribunal de Disputas Jurisdicionais da República da Turquia, em Ancara. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 10.06.2015. Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber e Roberto Barroso. Vice-Procurador-Geral Eleitoral, Dr. Eugênio José Guilherme de Aragão. (ADI 4.815, p. 267-268)

É na própria argumentação dos Ministros durante o processo que se pode levantar qual conceito de *justiça* influenciou a votação e a decisão proferida. Como evidente, neste caso, houve a necessidade de ponderação, nas linhas jusfilosóficas desenvolvidas por Alexy, na Alemanha e por Dworkin, nos Estados Unidos.

No caso em questão, o conflito principiológico demandado transformava o caso da ADI 4.815 em uma espécie de *hard case*, pois consoante o grande problema apresentado, uma linha tênue se instaurava no embate entre os princípios da livre manifestação do pensamento e da liberdade frente a outra

interpretação sobre o princípio da liberdade e também sobre o direito de proteger sua honra, imagem e privacidade.

A saída encontrada pelo Supremo Tribunal Federal, contudo, transformou esse *hard case* em um *easy case*, posto que a própria construção da Constituição Federal permitia uma interpretação que trouxesse uma luz de justiça aos dois lados do processo.

Doravante, apesar de acatar o pedido da ADI em interpretar os artigos 20 e 21 do Código Civil/2002 sob ótica constitucional, desconsiderando a necessidade de prévia autorização para a elaboração de obras biográficas e/ou artísticas para retratar as pessoas, tal fato não se constituiu de uma violação ao direito da intimidade ou à proteção à honra, à imagem e à privacidade das pessoas.

Foi justamente na linha contrária, refutando e afastando qualquer prévia censura, instrumento do qual já se fartou o brasileiro de ver presente durante sua história, que o Supremo Tribunal Federal se posicionou, ressaltando, entretanto, que excessos e danos que atingissem e violassem a intimidade do biografado seriam devidamente indenizados, e, cabendo ao caso concreto, a concessão de liminares e medidas cautelares com a finalidade de sanar qualquer dano efetivo.

Assim, para o Supremo Tribunal Federal, venceu a liberdade, que na balança constitucional, pesada ao lado da proteção à imagem, era mais pesada, de forma que qualquer censura prévia seria inadequada no contexto presente, ainda que não descartada uma censura posterior, quando do caso concreto resultasse um dano constatável àquele que se sentisse ofendido por publicação biográfica e/ou artística, com relação à sua imagem, honra ou intimidade.

Vê-se também um fundo de *justiça* aristotélica presente na decisão do Supremo Tribunal Federal. Ora, se cabe ao biógrafo a liberdade de escrever e cabe ao biografado a liberdade de pedir uma indenização caso se sinta ofendido pela obra lançada, não haveria então aí a distribuição de uma justiça onde caberia a cada um a medida – de justiça - de sua necessidade? O risco de escrever a biografia caberia ao autor, que teria o risco também de indenizar,

caso se excedesse em sua produção. Partindo desse pressuposto, é cabível interpretar essa decisão, tomada de uma ponderação principiológica, como adequada ao teor aristotélico de *justiça*, de onde coube a liberdade de praticar o ato, com a possibilidade de indenizar a depender do seu teor. Outrossim, o Supremo Tribunal Federal, neste caso, resta evidente, concedeu a justiça aos dois lados, cada qual na medida em que necessitavam.

3.8. PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA: A DISCUSSÃO ENTRE O ALCANCE DA AMPLA DEFESA E A RESPOSTA DO ESTADO

O Brasil se constitui em uma das nações com os maiores índices de criminalidade do mundo. Dados do IPEA¹⁸ mostram que, por exemplo, em 2017, o Brasil teve 65.602 homicídios, o que, se dividirmos pelos dias do ano, dá uma média de 179 homicídios por dia. Isso apenas em homicídios, que é considerado por muitos um dos crimes mais graves. Ainda há uma miríade de condutas ilícitas previstas pelo Código Penal que não são contempladas no índice.

Um país tão violentado por condutas ilícitas, por consequência, gera um número extravagante de processos judiciais com a tarefa de dar uma resposta do Estado à criminalidade e também, dentro dos moldes previstos na Constituição e nas leis especiais, ressocializar o condenado por prática de condutas ilícitas, que deve ser afastado da sociedade para cumprir sua pena.

É claro que isso ocorre apenas na teoria, na prática o que se vê é uma lotação cada vez mais catastrófica nos presídios, que não dão conta da alta taxa de presos, uma absurda crescente de processos judiciais que são mitigados e prolongados todos os dias pela morosidade do sistema, pela ineficácia estrutural do Estado em dar cabo de todo o montante de processos que lhe chega, muito por falta também de um quadro completo de funcionários, o que permitiria, ao menos, uma celeridade na quantidade de processos que diariamente são discutidos pelos rincões judiciários da nação. Não só isso, também é raro ver um preso que se ressocialize, sendo mais provável, durante a permanência na cadeia, a sua inserção em facções criminosas e a nutrição

¹⁸ Os dados podem ser consultados de maneira mais profunda acessando o seguinte portal: <<https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/>>. Acesso em jul. 2020

de um ódio cada vez maior pelo Estado e pelo “sistema”, o que lhe ocasiona uma piora de condição, sendo muito alto o índice de reincidência presente no país.

Outrossim, a situação é calamitosa. As autoridades não conseguem dar cabo de toda a situação, as políticas públicas não são suficientes e, enquanto estas linhas são escritas, digitadas em um computador, em algum lugar, às vezes nem tão distante, diversos novos crimes estão sendo cometidos.

Esse ciclo de incompetência gera insatisfação do cidadão, que vê muitas vezes seu patrimônio, sua vida, sua liberdade em risco por conta da criminalidade. Muitas vidas inocentes se perdem todos os dias, muitos sonhos e desejos que ficam pelas ruas, ao lado de poças de sangue. O cidadão passa então a cobrar uma resposta do Estado, que muitas vezes vêm sob a forma de mais violência, dessa vez pelas forças policiais, que adentram em regiões de alto índice de criminalidade e pregam uma justiça nos moldes do Talião. Na obra de Luiz Eduardo Soares, André Batista e Rodrigo Pimentel, *Elite da Tropa* (Objetiva, 2006), que foi inspiração para a posterior gravação do fenômeno cinematográfico *Tropa de Elite* (José Padilha, 2007), estrelado pelo premiado ator brasileiro Wagner Moura, constata-se relatos de membros da tropa de elite da Polícia Militar do Rio de Janeiro em suas atuações nas favelas da Cidade Maravilhosa para combater o crime. Um *spoiler*, direitos humanos não são lá muito respeitados.

Tal resposta do Estado, na ponta do fuzil, gera satisfação a muitos cidadãos, que veem um efetivo movimento do governo na busca da retaliação ao crime. Acontece que nessa guerra cíclica e infinda, ninguém sai vencendo. O policial, muitas vezes retratado como um monstro, não passa de um cidadão que dedica horas da sua vida por dia, colocando em risco a sua própria vida, em troca de um salário muitas vezes miserável, com um armamento de péssima qualidade e um treinamento que muitas vezes é insatisfatório, e que precisa sair na linha de frente da repressão aos crimes, adentrando em ambientes onde é recebido à bala e que encontra nos seus oponentes armas de qualidade superior e a ordem de atirar para matar, enquanto o policial deve seguir uma linha de conduta prevista onde há uma sequência de ações progressivas na violência, em que atirar é a *ultima ratio*. Obviamente que num

confronto onde sua vida está em risco e sob uma chuva de balas, o policial não pensa muito na progressão da violência, mas sim em sua vida e na de seus companheiros, revidando com tiros letais os tiros letais que lhe perseguem. Assim, no olho por olho, dente por dente, se consagra o conflito entre a bandidagem e as forças do Estado. E é esse um dos quadros da violência no país.

Poderíamos ainda falar do quadro do tráfico de drogas que, por falta de definição estrita da diferenciação entre quantidade para constatar o traficante do usuário na própria lei de combate às drogas, também gera um quadro alarmante onde muitos usuários de drogas acabam presos e condenados a anos de prisão enquanto traficantes de grande estatura dentro da organização criminosa continua livre, nas ruas, fazendo o seu *comércio*.

Quadro muito difuso acontece no caso dos crimes de colarinho branco, aqueles cometidos pela alta classe social, onde se cometem os crimes que envolvem a corrupção e aqueles envoltos no que se cunhou de direito penal econômico. São crimes contra o sistema financeiro, crimes de lavagem de dinheiro, crimes por onde os impostos e o dinheiro público acaba surrupiado dos cofres da Nação e distribuídos livremente entre grupos que se especializam em burlar regras de licitação ou em transformar o dinheiro desviado em dinheiro legal, mantendo a cobiça e a riqueza de membros já ricos da sociedade brasileira. É nessa seara que se adentram os crimes que mais tomam espaço nos noticiários atuais, a corrupção sistêmica e incontrolável dentro da política brasileira, os favores, a política do *rouba, mas faz*, a mão amiga que não desampara o colega em troca de benefícios futuros.

O brasileiro já está tão acostumado com esse ardiloso e vil sistema impregnado em suas veias que já nem se assusta mais quando ouve, vê e lê na mídia sobre desvios bilionários dos cofres públicos.

Doravante, a fé nas Instituições públicas e no Estado Democrático de Direito são abaladas, o que gera uma insatisfação popular que clama por intervenções militares e maior rigidez por parte das autoridades policiais e judiciárias no combate a esses grandes problemas que, a muitos, são a causa da ruína da nação.

Assim, dentro desse grande contexto fático que assola o país, chegou-se a uma saída judicial que, longe de ser a resolução para os problemas da nação, pelo menos supunha dar maior retorno do Estado aos crimes ocorridos no país: a partir da condenação em segunda instância, seria possível ao condenado que já iniciasse o cumprimento de sua pena.

Isso se baseava no argumento de que, embora a Constituição Federal diga que não há culpado sem sentença penal condenatória transitada em julgado (Art. 5, LVII), essa previsão legal não se aplicaria ao início do cumprimento da pena, isso também ocorreria pois, após a condenação em segunda instância, seriam esgotados os recursos que tratassem da *matéria*, restando apenas recursos à última instância para análise *formal*, ou seja, não se discutiria mais a ação ilícita praticada pelo condenado, mas sim se o processo foi conduzido da forma adequada.

O entendimento então passou a dividir opiniões, com juristas mais legalistas se opondo solidamente a tal interpretação, dizendo que seria uma afronta a diversos princípios constitucionais, enquanto outra parcela dos juristas defendiam tal entendimento, argumentando que tal modelo poderia aumentar a celeridade processual e diminuir a eterna morosidade de recursos que assola muitos processos de índole penal no Brasil. Além disso, pela questão da finitude dos argumentos em direito material e o foco dos recursos de último grau apenas na seara processual, entendiam que não haveriam mais como se considerar o condenado em segunda instância como não culpado, pois esgotadas estariam suas possibilidades de provar a inocência, restando apenas a oportunidade de demonstrar falhas processuais que lhe poderiam permitir a liberdade.

Assim, na ânsia de resolver tal imbróglio doutrinário, o Supremo Tribunal Federal se reuniu por algumas vezes para declarar qual seria o entendimento recorrente. Doravante, até o ano de 2009, o entendimento seguia a linha de que era possível, a partir do caso fático, o cumprimento das penas aos condenados em segunda instância.

Claro que isso gerou muita discussão, parte dela amparada na ineficácia do Estado em acomodar tantos presos, posto que há uma quantidade

gigantesca de presos preventivos dentro dos quadros carcerários, presos esses que ainda não foram condenados e que ficam afastados da sociedade por questões de perigo à sociedade ou por riscos ao próprio processo, como determinam os critérios elencados no Código de Processo Penal.

De 2009 a 2016, todavia, o STF se posicionou com a ideia contrária, de que só poderia cumprir pena aquele que fosse condenado até a última análise recursal, ou seja, até a última instância. Em 2016 (HC 126.292), no meio de intensos debates e influências políticas, em meio a processos de corrupção julgados pela Operação Lava-Jato, que, assim como foi no caso do Mensalão, conseguiu identificar diversas figuras de grande renome dentro do empresariado e da política nacional, incluindo um ex-presidente da República, envolvidas em escândalos de corrupção, lavagem de dinheiro, dentre outros crimes, com a ânsia popular a flor da pele pela cobertura midiática da situação, com novas notícias surgindo todos os dias piorando a situação de muitos envolvidos nos processos e colaborando na obtenção de novas provas, com a defesa desses renomados empresários e políticos alegando uma caça às bruxas contra eles, com um processo que não era imparcial, mas sim inquisitório por parte dos integrantes da Lava-Jato, enfim, no meio de um turbilhão que tremia as estruturas do Estado Democrático de Direito, o Supremo Tribunal Federal voltou a ter entendimento favorável ao cumprimento da prisão a partir da condenação em segunda instância, o que promoveu, por consequência, o encarceramento do ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva, uma das figuras mais controversas e populares da história nacional.

Até pela figura de Lula, que gera muitas discussões no território nacional, o debate sobre a possibilidade de prisão e cumprimento da pena a partir da condenação em segunda instância promoveu um exponencial nos debates a respeito do tema, com uma profusão de obras doutrinárias atacando ou defendendo a posição do Supremo. A rajada de recursos e *habeas corpus* também atingiu com força o Supremo Tribunal Federal, que não teve em nenhum desses posicionamentos passados uma unanimidade, por parte dos seus Ministros, a respeito do tema.

Assim, em 2019, coube ao Supremo Tribunal Federal julgar as Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54, promovidas pelo Partido

Ecológico Nacional (PEN, hoje Patriota), pelo Conselho Federal da OAB e pelo Partido Comunista do Brasil, respectivamente. AS ADC's 43, 44 e 54, tinham por objetivo declarar a impossibilidade do cumprimento da pena a partir da condenação em segunda instância, de acordo com o disposto no art. 283 do Código de Processo Penal.

As ADC's foram julgadas em 7 de novembro de 2019. A relatoria destas coube ao Min. Relator Marco Aurélio. Na altura da decisão, o STF se compunha dos seguintes ministros: Dias Toffoli, presidente da casa até a presente data de escrita desta obra, Celso de Mello, Marco Aurélio – como dito, o relator neste caso -, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Atuaram como *amicus curiae* neste processo o Defensor Público-Geral do estado do Rio de Janeiro, o Instituto de Defesa do Direito de Defesa, o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, a Defensoria Pública da União, o Instituto Ibero Americano de Direito Público, o Instituto dos Advogados de São Paulo, a Associação dos Advogados de São Paulo, a Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas e o Instituto de Garantias Penais.

Em seu voto como Ministro Relator, Marco Aurélio voltou a defender o posicionamento que vigorou entre 2009 e 2016, no qual há a impossibilidade de cumprimento da pena a partir da condenação em segunda instância, sendo possível apenas a prisão em caráter provisório e/ou preventivo antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, sendo que, nesses casos, não se está cumprindo a pena, mas sim medida cautelar a partir dos critérios esmiuçados no Código de Processo Penal. Argumentou o ministro de que a possibilidade de cumprimento da pena antes de esgotados todos os recursos, até a última instância, configura violação ao princípio da presunção de inocência, o que acarreta em conflito com a norma constitucional. Sustentou na linha de que o Estado já não consegue dar cabo de toda a sua organização penitenciária, já super lotada e que uma possível violação à presunção de inocência só renderia mais uma miríade de encarceramentos, o que só agravaria o quadro penitenciário nacional.

Seu voto foi seguido pelos Ministros Gilmar Mendes, Celso de Mello, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski, Rosa Weber e Luiz Fux. A divergência foi trazida pelos Ministros Roberto Barroso, Edson Fachin, Alexandre de Moraes e Cármen Lúcia, os quais compreendiam que não haveria uma violação da presunção de inocência com o início do cumprimento das penas a partir da condenação em segunda instância, posto que aludiam à falta de materialidade discutida no último grau de jurisdição, o que permitiria, de forma teleológica, a compreensão do réu condenado em duas instâncias como passível de cumprir pena, ainda que, por força da matéria constitucional, nem todos os recursos ainda tivessem sido esgotados. Justificaram também a necessidade do Estado em gerar respostas mais práticas e firmes aos inúmeros escândalos que vinham assolando a nação e que causavam maior morosidade no país, pois, apenas aqueles réus de condições financeiras boas e com bons contatos políticos, tinham defensores de alto calibre que conheciam os atalhos do processo para permear o processo por muito tempo.

Votos vencidos na divergência aberta, com o julgamento das ADC's, a tese do Min. Relator Marco Aurélio restou vencedora por sete votos a quatro, cujo resultado se viu pelo retorno do entendimento majoritário de só ser possível o cumprimento da pena após sentença penal condenatória em todas as esferas e esgotados todos os recursos. Vinculante, a decisão promoveu a soltura de diversos presos que se encontravam cumprindo pena pela força do entendimento até então recorrente, dentre eles, diversos políticos, empreiteiros e figurões da mídia nacional, envolvidos e cumprindo penas por crimes de colarinho branco e crimes contra o sistema financeiro e contra o Estado.

E qual *justiça* prevaleceu dessa decisão? Há muito o que se discutir. Pudemos ver de início que preza-se no Brasil, devido a morosidade do Poder Judiciário em, através do Estado, coibir práticas delituosas e mostrar à sociedade que se age com firmeza, uma ânsia por respostas rápidas ao crescente quadro da criminalidade, o que culmina em defesa de ações discricionárias de retaliação, como se uma forma de lei do Talião fosse necessária para que ninguém saia impune.

Obvio dizer que o Poder Judiciário não tolera nem defende uma ação dessa estirpe, forçada então a promover medidas que possam fortalecer a

repressão aos crimes. Assim, pode-se observar que há uma visão kantiana por trás do aparelhamento repressivo, pois se refuta qualquer atividade que vá contra o Estado e a sociedade, o que ocorre quando um crime é cometido. No bojo de resolver tal situação, se pretendeu acelerar o cumprimento da pena, de forma que o duplo grau de jurisdição, por sua vez, não fosse violado.

A aceitação de tal visão não foi pacífica, ancorada sua divergência na força normativa da Constituição Federal, o que traria, em contornos kelsenianos, uma negativa a qualquer medida que violasse a literalidade da Constituição, o que ocorreria caso o condenado antes de esgotados os seus recursos, pudesse começar a cumprir a pena.

A essas *justiças*, ponderou-se, através dos princípios. Doravante, conflitaram os princípios da presunção da inocência e da liberdade com o princípio da celeridade processual e até, pode-se dizer, da supremacia do interesse público. Afinal, não é de interesse público que a sociedade tenha uma rigidez e uma firmeza maior contra os criminosos que rompem com a sua ordem vigente? Pois então, foi através da visão *dworkiana* e *alexynana* que os Ministros do STF buscaram emanar uma justiça de raiz principiológica, que se tangenciou, atualmente, em pesar mais a questão da presunção da inocência, mantendo interpretação literal do art. 283 do Código de Processo Penal do que optar pelo lado menos pesado, a saber, a celeridade processual e a ânsia populacional por respostas ao crime.

O sentimento de impunidade, com essa decisão, manteve-se forte entre muitas camadas da sociedade brasileira, como um duro ferrão que persiste em lesionar o já decadente estado das Instituições brasileiras e demonstrar ainda mais a fragilidade do Estado Democrático de Direito e suas lacunas. Porém, manteve-se fiel a interpretação que mantinha a presunção de inocência, alicerce forte em um Estado que se objetiva democrático e defensor das liberdades, ao mesmo tempo em que se manteve uma ideia mais de acordo com a literalidade constitucional, o que poderia gerar maior segurança jurídica.

Infelizmente, pela história brasileira, longe disso, a segurança jurídica não se resiste, sendo possível que em breve o entendimento sobre tal assunto tome nova interpretação, mormente pelas próximas duas indicações ao STF,

nos próximos dois anos, que seguem linhas políticas. Mais, a crescente descrença do brasileiro em suas instituições, cada vez mais crente de que a criminalidade tem uma persecução penal tão efêmera e rasa que a impunidade é a marca da nação, onde o rico fica mais rico e o pobre mais pobre, onde a Constituição se vira de cabeça para baixo e gera mais desigualdade onde o intuito, há pouco mais de trinta anos, era o oposto. Tudo isso gera desequilíbrio e tensões, onde não é raro imaginar confrontos pelas ruas, instaurados pelas ambiguidades num país dividido em dois polos tão extremos, mas tão extremos, que se analisados de perto, parecem unidos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O palco mexe os fantoches e o público, atento, observa com agonia o drama retratado. Nos bastidores, os atores se regozijam de suas grandes movimentações. Os fantoches agem com naturalidade, o palco joga sombras e luz, fazendo um jogo tão distinto que atrai os olhos de todos.

Acionados os mecanismos, o público acaba distraído do que realmente acontece na frente de seus próprios olhos. Como na alegoria platônica, o público observa a parede, sem saber que as sombras são apenas reflexos do verdadeiro, aquele que está a comandar toda a encenação.

A obra termina e o público aplaude, mesmo aqueles que não entenderam necessariamente todo o conteúdo que acabou de ver. Assim é a vida, assim é a história, uns surgem como fantoches, a outros cabe a manipulação e à maior parte cabe o duro papel do público, que gostando ou não do final, na maioria das vezes se resigna em aplaudir algo que foge de sua compreensão.

Ademais, neste trabalho, pudemos constatar a pura arte da encenação, pudemos compreender um pouco sobre os fantoches, os manipuladores e o público em geral. Pudemos viajar no tempo e discutir muitos conceitos que são caros aos dias modernos.

Assim, de início nos debruçamos sobre a história do Brasil sob o prisma político, mas antes de adentrar no Brasil precisamos nos acudir em suas raízes portuguesas, em uma Idade Média sedenta pela transição para o capitalismo e que viu, em Portugal, a primeira nação a alcançar tais orientações. Concomitante ao avanço capitalista que logo se enraizou na mentalidade portuguesa, vimos que o patrimonialismo veio de brinde e também se assentou. Mais do que isso, atravessou o Atlântico com as naus de Cabral e tomou vida própria no Brasil. Doravante, seja como colônia, seja como Corte, como Império independente ou como República, seja nos tempos de ditadura, seja nos tempos de democracia, o denominador comum de todos esses movimentos políticos na história brasileira se fez pelo patrimonialismo, pela confusão – muitas vezes dissimulada e interessada – em confundir o patrimônio público do patrimônio pessoal. É nessa seara que surgiram as

grandes famílias, as grandes classes sociais, as grandes corporações. Na base do favor e do cofre público, sem muito limite entre o primeiro e o segundo.

Esse universo patrimonialista, todavia, teve de dar espaço para a formação de um direito nacional. De início, ancorado no direito português e em suas transformações, chegou a ter vida própria, com a gênese de um direito brasileiro, tupiniquim, verde e amarelo, tão nacional que pegou para si os moldes portugueses e os transformou em termos nacionais, não esquecendo, evidentemente, do patrimonialismo que veio junto.

Assim, com o passar das eras e com as transformações sociais tanto no caráter interno quanto externo, o Brasil criou seu próprio direito. Criou suas faculdades de direito, seu próprio modelo de formar burocratas e intelectuais para atuarem nas linhas de frente da promoção da *justiça*. Organizou-se em Constituições, mais ou menos cidadãs, em códigos penais, cíveis, tributários, empresariais, em leis administrativas, trabalhistas, processualistas, dentre tantas outras que pertencem ao ramo jurídico.

Logo após observar a trajetória jurídica nacional, pudemos nos debruçar sobre uma das maiores questões da humanidade: a *justiça*. Esmiuçamos diversos conceitos de justiça que foram construídos durante a história da própria humanidade, inerentes aos desenvolvimentos tecnológicos e científicos alcançados. Constatamos que até os dias atuais, convivem diversas vertentes que tratam de como deve ser a justiça, algumas amparadas em matrizes religiosas, outras sustentadas por teorias e correntes filosóficas, etc.

O referencial para tais capítulos irá se entrelaçar para a elaboração do último capítulo. A partir de uma análise histórica e filosófica da constituição do direito e da justiça no Brasil e no mundo, respectivamente, no último capítulo pudemos constatar como tais esferas se entrelaçam na atualidade. Outrossim, através de decisões de grande repercussão do Supremo Tribunal Federal, diversas correntes filosóficas das justicças que tratamos puderam ser observadas e emanadas. Tais decisões que também buscavam raízes históricas para se legitimarem.

Uma vez abordadas as três vertentes deste trabalho, fica a pergunta principal, qual a justiça que se evidencia com as decisões proferidas pelo

Supremo Tribunal Federal, mormente nesta era de direitos constitucionais que se consolidaram após a promulgação da Constituição de 1988?

Pois bem, responder a tal pergunta não é tarefa fácil, e nos obriga a usar a terminologia mais usada pelos estudantes e agentes do direito na atualidade: *depende*.

Mas a própria essência do *depende* se afigura dentro de uma corrente sociológica que leva o nome desta obra. Pois bem, como vimos no segundo capítulo, o sociólogo Norbert Elias traz o conceito de *Processo Civilizador* para tratar de como, historicamente, os povos se organizam e refletem seus valores morais. A sociedade se constrói a partir de tais valores de bem e mal, na linha do que Nietzsche já havia demonstrado no final do séc. XIX. A diferença, entre Elias e Nietzsche, é que o primeiro, sob o prisma sociológico, esmiúça dentro de um recorte temporal maior, não apenas demonstrando a gênese da moral, mas, mais do que isso, apontando empiricamente onde ela se desenvolveu na história da humanidade.

Sob o peso do seu conceito de *Processo Civilizador*, entendido como essa ode dos tempos aos valores, como essa alternância que o próprio tempo permeia nas relações sociais, transformando o bom em mal e o mal em bom, podemos notar que isso é evidente no Brasil e que isso é claro também a partir das decisões acompanhadas do STF.

Não se pode falar de apenas uma justiça que se emana nas decisões do Supremo, pois diversas justiças convergem no andar do tempo. Temos referências aos princípios, referências aristotélicas, religiosas e até uma ânsia por um Talião, em alguns momentos. Temos a influência de Kant, de Rawls, de Nietzsche, a incessante busca por combater a injustiça, o que se converte na linha sustentada por Amartya Sen. É impossível determinar apenas uma justiça proveniente da Corte brasileira. O que se averigua com facilidade é que a miríade de decisões reflete, por sua vez, a grande roda da história, o *processo civilizador* em movimento contínuo.

O advento da Constituição de 1988 foi divisor de águas em um novo momento do Estado brasileiro, onde a justiça saiu da seara patrimonial, da seara mais propensa ao cientificismo do séc. XIX para entrar de vez na

questão do direito humano, do respeito à diversidade, dentre outras coisas. É um reflexo de uma sociedade globalizada que tem sido construída, mormente após a segunda guerra mundial, com o objetivo de extirpar preconceitos e discriminações e de proporcionar uma vida digna a todos os cidadãos. Por digna talvez tenhamos o recorte do que se procura por justiça hoje, nas linhas da *eudaimonia* socrática de tempos remotos.

Cada decisão que sai do STF e também dos demais graus de jurisdição do Brasil demonstram, com mais clareza, a impossibilidade de remontar a um só conceito de justiça que abarque todas as ideias defendidas. Pelo contrário, com alguma atenção é possível até encontrar novas formas que o Estado encontra de distribuir justiça. É possível compreender a grandiosa gama de *justiças* que nos cerca.

Amparados nisso, vivemos nosso tempo, observamos a(s) justiça(s), suas mutações e alternâncias. Sabemos que a roda não para no dia de hoje, sabemos que outras justiças e outros tempos virão, cada qual com suas próprias ideias de mundo, de bem e de mal, e assim, no cotidiano, procuramos, de acordo com nossas crenças, nossos interesses e com o contexto em que estamos inseridos, também trazer a nossa própria ideia de justiça para o mundo. De justiça em justiça, talvez o Brasil não se torne o país mais justo de todos, mas é possível que, nas palavras de Sen, se torne menos injusto. E bem, se isso não ocorrer, como pudemos verificar em todas essas páginas, em todas essas linhas, há de se tentar novamente, afinal, amanhã há de ser outro dia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA CORRIGIDA FIEL. **A Bíblia Sagrada**. Versão Online, 2020. Disponível em: <<https://www.bibliaonline.com.br/>>
- AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004
- AGOSTINHO, Santo. **Confissões**. São Paulo: Martin Claret, 1987
- _____. **A cidade de Deus**. Petrópolis: Vozes, 2014
- ALBINATI, Ana Selva C. B. *A Ideia de Justiça em Marx*. In **Anais do VI Colóquio Internacional Marx e Engels**. Campinas: Unicamp, 2009.
- ARISTÓFANES. **As Rãs**. São Paulo: Cosac Naify, 2014
- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Martin Claret, 2003
- BARROSO, Luis Roberto. *Supremo Tribunal Federal, Direitos Fundamentais e Casos Difíceis*. In **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. N. 19, jan-jun. 2012, pp. 109-137. Disponível em: <[http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-19/RBDC-19-109-Artigo_Luis_Roberto_Barroso_\(Supremo_Tribunal_Federal_Direitos_Fundamentais_e_Casos_Difíceis\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-19/RBDC-19-109-Artigo_Luis_Roberto_Barroso_(Supremo_Tribunal_Federal_Direitos_Fundamentais_e_Casos_Difíceis).pdf)>
- BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. São Paulo: Ícone Editora, 1995
- BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Planalto, 1988.
- BRASIL. **Lei n. 11.105 – Lei da Biossegurança**. Brasília: Planalto, 2005
- BRASIL. **Lei n. 8.009 – Lei da Impenhorabilidade do Bem de Família**. Brasília: Planalto, 1990.
- CAMÕES, Luís Vaz de. **Os lusíadas**. Rio de Janeiro: BestBolso, 2015
- COOPER, Carolina Castelo Branco. **Os usos da história e o Supremo Tribunal Federal: a Lei da Anistia em questão**. Niterói: Universidade Federal Fluminense, 2018. Dissertação de Mestrado.
- DARWIN, Charles. **A origem das espécies**. São Paulo: Martin Claret, 2014.
- DAVID, Ricardo Santos. *O julgamento de Sócrates: Sócrates e o conceito de Justiça: A repercussão do julgamento antigamente e sua interpretação atual*. In **AREL FAAR**, Ariqueles. Vol. 5, n. 2, 2017. Pp. 46-60
- DOS SANTOS, Rafael Padilha. **A moral e a justiça no pensamento de Immanuel Kant**. Florianópolis: UFSC, 2011. Dissertação de Mestrado.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- ELIAS, Norbert. **O Processo Civilizador**. São Paulo: Jorge Zahar Editor, 1993/1994 – Vol. I e II
- FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder**. Rio de Janeiro: Biblioteca Azul, 2012
- FILHO, Wilson Rocha. **Conceito de Justiça em Platão e Aristóteles**. Criciúma: UNESC, 2017. Trabalho de Conclusão de Curso.
- FULLER, Lon E. **O caso dos exploradores de cavernas**. Guarulhos: Leud, 2008
- GAMBINI, Roberto. **O Duplo Jogo de Getúlio Vargas**. São Paulo: Símbolo, 1977

- GUEDES, Jefferson Carús. *Brevíssimas notas sobre a história do direito e da justiça no Brasil*. In **Confluências**. Niterói: UFF, vol. 13, n. 2, 2012. pp. 37-54
- HERCULANO, Alexandre. **História de Portugal**. Braga: Edições Vercial, 2010. Vol. 1
- HOBSBAWM, Eric. **A Era das Revoluções (1789-1848)**. São Paulo: Paz & Terra, 2007
- HOMERO. **Ilíada**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2015
- KANT, Immanuel. **Metafísica dos Costumes**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005
- MARX, Karl. **18 Brumário de Luís Bonaparte**. São Paulo: Martin Claret, 2008
- NAPOLITANO, Marcos. **1964: História do Regime Militar no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2014
- NIETZSCHE, Friedrich W. **Além do bem e do mal**. São Paulo: Cia das Letras, 2005
- _____. **A genealogia da moral**. São Paulo: Cia das Letras, 2017
- _____. **Assim falou Zaratustra**. São Paulo: Martin Claret, 2009
- PINSKY, Jayme. **As primeiras civilizações**. São Paulo: Contexto, 2012
- PLATÃO. **A República**. São Paulo: Martin Claret, 2011
- _____. **A apologia de Sócrates**. Porto Alegre: L&PM, 2008
- _____. **Critón ou o dever**. Porto Alegre: L&PM, 2008
- SANDEL, Michael J. **Justiça, o que é fazer a coisa certa?** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014
- SANTOS, Maria do Rosário L. *Aspectos culturais da concepção de justiça na Roma antiga*. In **Cultura: Revista de História e Teoria das ideias (online)**. Vol. 30, 2012, pp. 1-8
- SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Cia das Letras, 2011
- STF. **ADI 4.815**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2015. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308558531&ext=.pdf>>
- STF. **ADPF 153**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>.
- STF. **ADPF 186**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>>
- STRECK, Lênio L. **30 anos da CF em 30 julgamentos: Uma radiografia do STF**. São Paulo: Forense - GEN, 2018.
- VILLA, Marco Antonio. **História das Constituições Brasileiras**. São Paulo: Leya Brasil, 2012
- VIRGÍLIO. **Eneida**. São Paulo: Editora 34, 2016
- WEBER, Thadeu. *Direito e justiça em Kant*. In **RECHTD**. São Leopoldo: Unisinos, n. 5, 2013. pp. 38-47