



Faculdade CNEC
Campo Largo

REJUR

Revista Eletrônica Jurídica

VOLUME 6

N. 1

JAN-JUN

ANO 2019

ISSN: 2236-4269

SUMÁRIO

1.
**APONTAMENTOS E REFLEXÕES: TRAJETÓRIA DO CURSO DE
PEDAGOGIA PARA FORMAÇÃO DE PROFESSORES**

Maria Cecília Marins de Oliveira e Marilei Andrade Skrzypietz Bülow

Páginas 1-19

2.
**O HABEAS CORPUS DE MARIA PRESTES – ANÁLISE DOS
PRESSUPOSTOS QUE JUSTIFICARAM A FUNDAMENTAÇÃO DOS
MINISTROS DA CORTE SUPREMA**

Claudia Chipon Staude e Jackson Roberto Moraes Alves

Páginas 20-47

3.
**A ESPERANÇA DA TRANSFORMAÇÃO: OS NUMEROS SERÃO OS FINS
OU OS MEIOS PARA O DIREITO?**

Carla Juliana Tortato

Páginas 48-58

4.
**A ESCOLA DA EXEGESE COMO UM MECANISMO DE CONTROLE DAS
DECISÕES JUDICIAIS: ORDEM PÚBLICA E A LUTA CONTRA UMA
ARGUMENTAÇÃO NÃO-JURÍDICA NA PRISÃO PROCESSUAL**

Mariana Coelho Cantú e Pedro Barausse Neto

Páginas 59-78

5.
**UM DIÁLOGO ENTRE A ESCOLA DOS ANNALES
E A HISTÓRIA DO DIREITO**

Mariana Coelho Cantú e Pedro Barausse Neto

Páginas 79-93

6.
**QUESTÃO DE MÉTODO: UMA CIÊNCIA PARA QUAL DIREITO?
DO JUSNATURALISMO À TEORIA CRÍTICA. PALMILHANDO O
PLURALISMO JURÍDICO**

Claudia Chipon Staude e Jackson Roberto Moraes Alves

Páginas 94-119

**APONTAMENTOS E REFLEXÕES:
TRAJETÓRIA DO CURSO DE PEDAGOGIA PARA
FORMAÇÃO DE PROFESSORES**

*NOTES AND REFLECTION:
THE TRAJECTORY OF THE PEDAGOGY COURSE FOR THEACHER
FORMATION*

Maria Cecília Marins de Oliveira¹
Marilei Andrade Skrzypietz Bülow²

RESUMO

O estudo inscreve-se na temática sobre a formação de professores, trazendo apontamentos e reflexões sobre o Curso de Pedagogia, como ele surgiu e desenvolveu-se no Brasil. Procurou-se comentar e analisar aspectos da formação de professores, buscando traçar a trajetória do curso destinado a esta formação. O estudo desenvolveu-se no Núcleo de Pesquisa do Curso de Pedagogia, da Faculdade CNEC Campo Largo, integrado por professores da área e de outras áreas, bem como alunos que se envolveram no levantamento de informações e dados, sobre a trajetória dos cursos de formação através das escolas normais e do curso de Pedagogia. Isto porque, para se abordar a trajetória de organização do Curso de Pedagogia, não se pode deixar de lado suas raízes, sedimentadas ao longo da trajetória das escolas normais. A metodologia contou com a aplicação do método bibliográfico, buscando levantar informações e dados sobre a temática, notadamente sobre o Curso de Pedagogia. Por meio deste estudo procurou-se retratar os desafios enfrentados pelos educadores e estudiosos para organização de um curso específico de formação de professores, em meio aos acontecimentos políticos e políticas públicas traçadas para a área da educação.

¹ Possui graduação em Pedagogia pela Universidade Federal do Paraná (1977), graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (1996), Mestrado em História pela Universidade Federal do Paraná (1982) e Doutorado em Educação pela Universidade de São Paulo (1993). Atualmente é Professora Titular do Centro Universitário Campos de Andrade, Professora da Faculdade Cenecista de Campo Largo e Professora Adjunto IV Sênior da Universidade Federal do Paraná. Tem experiência na área de Educação, com ênfase em História da Educação, nos seguintes temas: educação, história, organização escolar, currículo, formação de professores, ensino superior. No Curso de Direito atua nas áreas de História do Direito, Direito Romano, Direitos Humanos, Ética e Direito, Antropologia Jurídica, Direito do Consumidor e Direito Constitucional.

² Mestre em Educação pela PUC Paraná (2006), MBA em Gestão Educacional pela CNEC (2014) graduada em Pedagogia pela Universidade Federal do Paraná (1994), cursa disciplinas isoladas do doutorado em Educação pela PUC Paraná. Atualmente responde pela coordenação pedagógica da Faculdade CNEC Campo Largo e pela coordenação do Curso de Pedagogia. Experiência como Procuradora Institucional - PI, Comissão própria de Avaliação - CPA e Cursos Técnicos (gestão e aspectos legais). Conhecimento na área de desenvolvimento de projetos e gestão. Interesse especial em formação docente. Participa de projetos de formação docente, história da educação, associações e conselhos municipais. Acompanha EAD como tutora. Faz parte do Banco de Avaliadores do Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior (BASIS).

Palavras-chave: Formação de professores. Curso de Pedagogia. Cursos de formação. Trajetória do Curso de Pedagogia.

ABSTRACT

This article is about the teacher's formation, bringing notes and reflections about the pedagogy course, how it emerged and developed in Brazil. Sought to comment and analyze aspects of teacher's formation, trying to write the trajectory of this course for this formation. The article was developed at Research Center of the Pedagogy Course, of CNEC College Campo Largo, integrated by teachers in the area and other areas, such as students that were involved in information and data collection, about the trajectory of formation courses through normal schools and the pedagogy courses. This is because, in order to approach the organizational trajectory of the Pedagogy Course, it cannot leave aside its background, sedimented along the trajectory of the normal schools. The methodology used the application of bibliographic method, trying to seek information and data about this thematic, notably about the Pedagogy course. From this study, it tried to portray the challenges faced by educators and scholars for the organization of a specific course of teacher's formation, in mean time of political issues and public polices for the education area.

Key-words: teacher's formation, Pedagogy course, graduation courses, trajectory of the pedagogy course.

Introdução

A educação tem sido ao longo do tempo objeto de preocupação desde as civilizações mais antigas. Embora não tenha tido a organização com que se estruturou nos tempos modernos, mesmo em se tratando do período da Idade Média, a educação foi alvo da transmissão dos conhecimentos adquiridos pelas comunidades, fosse de forma prática de pai para filho, como foi comum acontecer, como também delegada àquele indivíduo que detinha mais conhecimentos para ser encarregado da transmissão de conhecimentos acumulados pelas comunidades e civilizações.

Em tempos modernos, notadamente após o Renascimento, a escola passou a ser considerada peça importante no jogo político que começou a se instalar em diversos países. Mais modernamente, a educação ganhou estrutura

e organização que fizeram da escola o local por excelência para aquisição de conhecimentos, sob orientação e ensinamentos de um mestre.

Na fase mais moderna da atividade política e econômica dos países europeus, por volta do século XVI, começou-se a questionar a forma mais produtora para a formação do mestre. Quem seria o mestre que ensinaria e orientaria? Qual o tipo de formação que este mestre teria? Quais os conhecimentos que este mestre teria que dominar para ser bom professor? De que maneira esse mestre teria que ensinar? Qual o tipo de instituição que teria como objetivo a formação de mestres? Estes e outros questionamentos foram alvo da preocupação de educadores, intelectuais, filósofos e outros pensadores da educação.

Nesse sentido, o presente estudo visou trazer alguns apontamentos e reflexões a respeito da formação de professores, buscando traçar a trajetória do curso destinado a esta formação.

O estudo desenvolveu-se no Núcleo de Pesquisa do Curso de Pedagogia, da Faculdade CNEC Campo Largo, integrado por professores da área e de outras áreas, bem como alunos que se envolveram no levantamento de informações e dados, sobre a trajetória dos cursos de formação através das escolas normais e do curso de Pedagogia. Isto porque, o estudo originou-se do Projeto de Pesquisa Formação de Professores, elaborado pelo grupo de estudos do Núcleo de Pesquisa, em razão do que se procurou abordar uma das vertentes da temática principal, que trata da trajetória da instituição formadora, o Curso de Pedagogia. Todavia, pesquisar e estudar o Curso de Pedagogia implica verificar suas raízes, sedimentadas ao longo da trajetória das escolas normais.

Em um primeiro momento o grupo de estudo decidiu fazer um relato sobre a trajetória do curso sem maiores aprofundamentos, trazendo assim uma visão panorâmica sobre os cursos de formação. Dando prosseguimento ao Projeto, em um segundo momento, objetivou-se fazer o aprofundamento de dados e informações, alvo de investigações mais acuradas.

Para este primeiro momento teve-se por base os livros de Carmem Sílvia Bissolli da Silva, “Curso de Pedagogia no Brasil. História e identidade” (2003) e de Iria Brzezinski, “Pedagogia, pedagogos e formação de professores” (1996). Também se recorreu aos estudos publicados (on-line) de Cacilda Mendes

Andrade Furlan, “História do Curso de Pedagogia no Brasil: 1939-2005” (2008), publicado na Revista Educere, e de Leonor Maria Tanuri, “História da formação de professores” (2000), publicado na Revista Brasileira de Educação, além de outros autores. Documentação oficial, como legislações, decretos e outros documentos foram importantes, uma vez que eles retrataram os direcionamentos dados pelos governos nas políticas públicas para a educação.

A temática sobre a formação de professores tem sido alvo de discussões e pesquisas, com o objetivo de trazer esclarecimentos quanto aos encaminhamentos e desafios, em relação a esta formação visando o aprimoramento da estrutura e organização do curso que passou por vários questionamentos.

1 As escolas formadoras de professores.

A questão da formação de professores discutida e debatida por estudiosos, educadores, pensadores e autoridades no Brasil, tornou-se objeto de preocupação a partir da instalação do governo imperial. Posteriormente à Independência (1822), começaram a ser aprovadas medidas relativas à educação, embora não previsse a designação de mestres para atuarem nas escolas de formação ou a forma como esses mestres iriam ministrar suas aulas, pois na verdade não havia nenhuma instituição destinada a esta finalidade. A Lei de 15 de outubro de 1827 mencionava a criação de uma escola normal na capital da Província do Rio de Janeiro, local muito distante para pessoas de outras províncias que acabaria contando somente com candidatos da Província do Rio, além de considerar que a escola ainda nem fora criada.

A instalação de escolas dessa natureza ocorreu no período em que se implementou as ideias liberais de secularização do ensino primário extensivo a toda a população, que vai ocorrer na França após a Revolução Francesa, acompanhada da ideia da criação de uma escola de formação de professores. Por volta dos séculos XVIII e XIX consolidava-se a formação dos Estados Nacionais e à implantação dos sistemas públicos de ensino, viabilizando o surgimento de escolas normais em diversos países da Europa, observa Tanuri

(2000, p. 62). A preocupação das autoridades com a formação de professores começava a ser colocada em prática com efeito propagador.

No Brasil, as informações sobre a criação de escolas normais são trazidas por Leonor Maria Tanuri (2000), em seu estudo sobre a formação de professores. Diz a autora,

A primeira escola normal brasileira foi criada na Província do Rio de Janeiro, pela Lei nº 10, de 1835, que determinava: “Haverá na capital da Província uma escola normal para nela se habilitarem as pessoas que se destinarem ao magistério da instrução primária e os professores atualmente existentes que não tiverem adquirido necessária instrução nas escolas de ensino mútuo, na conformidade da Lei de 15/10/1827.” (TANURI, 2000, p. 64).

Ainda adianta Tanuri (2000, p. 64), a escola contaria com um diretor que também seria professor para cumprir um currículo, cujos ensinamentos previam o aprendizado de leitura, escrita pelo método lancasteriano ou método de ensino mútuo, quatro operações e proporções, língua nacional, elementos de geografia e princípios de moral cristã. Os critérios de admissão exigiam “ser cidadão brasileiro, ter 18 anos de idade, boa morigeração e saber ler e escrever” (Moacyr, 1939b, p. 191 *apud* TANURI, 2000, p. 64-65).

Em relação ao método de ensino mútuo, expressão empregada em vários documentos oficiais, como relatórios de autoridades e professores, assim como em legislações, a Lei de 1827 não elucidava como seria a aplicação do método, apesar do método ser divulgado para todas as províncias. Tanto assim que Oliveira (1986) registra que legislações e regulamentos da instrução pública previam o emprego do método de ensino mútuo, como se observa nas legislações e nos documentos oficiais da Província do Paraná.

Maria Helena C. Bastos (1998), em seu trabalho sobre ‘A instrução pública e o ensino mútuo no Brasil: [...]’ afirma que o ensino da escola normal restringiu-se ao preparo didático e profissional do mestre à compreensão do referido método. A ideia que prevalecia era de que o ensino seria ministrado para um grande número de crianças, como ocorreu na Índia e outros países, onde as autoridades visavam a alfabetização em massa (OLIVEIRA, 1986). Este, entretanto, não era o caso do Brasil, embora houvesse uma população infantil e mesmo adulta analfabeta, a concepção de um aprendizado de leitura e escrita não fazia muito sentido para essa população, habituada ao trabalho rural e

braçal. Apesar de predominar essa concepção as autoridades mantiveram o método de ensino mútuo nos regulamentos provinciais e na Primeira República (OLIVEIRA, 1986; OLIVEIRA, 1994).

A permanência da indicação do método nos regulamentos provinciais e na Primeira República levou à previsão de um aluno auxiliar que, por outro lado, aprenderia na prática a exercitar-se na tarefa de ser professor posteriormente.

A ideia da formação de professores que aos poucos foi sendo incorporada por parlamentares, autoridades do governo, educadores e estudiosos vai estar atrelada à constituição da profissão docente, considerada na época uma opção vocacionada e não propriamente profissional, bem como ao processo de instalação da escola pública, onde o candidato a mestre exerceria a docência.

Mas as escolas normais que foram criadas no século XIX foram insuficientes numericamente e incapazes de atrair candidatos para atuarem como professores de escolas de ensino primário, razão porque os pseudos professores eram totalmente inabilitados e com baixíssimo nível de conhecimento.

O Ato Adicional de 12 de agosto de 1834 que reforma a Constituição de 1824, confere às Províncias a prerrogativa de legislar sobre várias matérias, inclusive a educação. No Ato descentralizador a criação das escolas normais passou à competência das Províncias, conforme estabelecia o art. 10, item 2 “legislar sobre a instrução pública e estabelecimentos próprios a promovê-la” (BR. Ato Adicional ... On-line). Na verdade o Ato Adicional tentava estabelecer o equilíbrio entre as forças dos dois grupos políticos, liberais e conservadores, na disputa pelo poder.

Após o Ato Adicional, cujas razões políticas buscaram trazer novas mudanças menos centralizadoras previstas na Constituição de 1824, a maioria das províncias criou a sua instituição formadora. A grande maioria, embora criada em Lei, levou algum tempo para ser instalada. A demora de três a quatro anos para a instalação devia-se em parte às dificuldades para organizar-se o corpo docente, a falta de prédio próprio e a perspectiva de baixa demanda. Mesmo assim, grande parte de escolas foi criada, mas com breve sobrevivência.

A primeira escola, criada em 1835 no Rio de Janeiro, foi extinta em 1849. Nos quatro primeiros anos a Escola conseguiu formar apenas 14 professores,

dos quais 11 dedicaram-se ao magistério, comenta Tanuri (2000, p. 64). Posteriormente a Escola foi reinstalada. A autora elenca todas as províncias e o ano da criação e da instalação de escolas normais nas Províncias, bem como sua extinção.

A trajetória das escolas normais foi pouco tranquila, com altos e baixos, tanto na frequência como na organização de seu corpo docente sempre necessitado de mestres qualificados para formarem professores para atuarem no ensino primário.

Mesmo com a instalação da República, em 1889, as questões relativas à educação tiveram seus contratempos. A falta de equipamentos nas escolas, as dificuldades para o funcionamento de ensino secundário, a falta de professores habilitados para lecionarem no ensino primário e no ensino secundário.

Tais dificuldades estavam atreladas às condições financeiras das províncias, com poucos recursos para investirem em determinadas áreas, entre elas a educação.

A República, apesar de Proclamada, não repercutiu decisivamente no estilo de vida da população, tornando a vida social e econômica numa quase extensão do que se praticava no período do Império.

A divisão de competências entre o governo central e as províncias, depois governo federal e estados, permaneceu sem alterações, ficando a cargo do governo federal as instituições de todos os níveis e o ensino superior na capital do país. Às províncias, mais tarde os estados competiam organizar e colocar em funcionamento as escolas de ensino primário e secundário.

Acontecimentos internacionais representados pela deflagração da Primeira Guerra Mundial colocou o Brasil em estado de alerta, ante a possibilidade de participação enviando tropas, navios e prestando serviços.

A Primeira Guerra Mundial (1914-1918) envolveu a participação de muitos países entre os quais o Brasil também participou, em 1917, em razão do torpedeamento de dois navios mercantes brasileiros em águas francesas por navio e submarino alemães (O BRASIL ... A participação brasileira ... On-line). Nesse período, ocorre também a deflagração da Revolução Russa (1917),

influenciando as manifestações operárias que levaram à primeira greve operária no Brasil, principalmente no Rio de Janeiro.

Economicamente, o cenário do conflito internacional foi favorável ao Brasil, uma vez que as indústrias europeias voltadas para a fabricação de armamentos e equipamentos para os soldados, estimularam a aplicação de capital proveniente da cafeicultura brasileira para o setor industrial no Brasil, além de favorecer a exportação de matéria-prima para os países em guerra, como a borracha e produtos agrícolas, como café, cacau e açúcar (O BRASIL ... A participação brasileira ... On-line). Em 1929, a crise econômica internacional envolveu diversos países, entre eles o Brasil, que sofreram forte recessão econômica por conta da quebra da Bolsa de Valores de Nova York. Economicamente, o Brasil sofreu forte revés em suas atividades agrícolas e industriais que tiveram que ser, aos poucos, superadas pelos governos.

Os distúrbios políticos e ideológicos não deixaram que as autoridades deixassem de lado medidas relacionadas à Educação. Por volta de 1915 foi aprovado o Decreto nº 11.530, de 18 de Março de 1915, que autorizava o Governo Federal a reorganizar o ensino secundário e o superior na República (BR. Decreto nº 11.530, ... Reorganiza o On-line). Dessa forma os estados ficavam com a responsabilidade de organizar o ensino primário e a escola normal. No Paraná foi aprovado o Código de Ensino em 1915, pouco depois revogado e substituído pela aprovação de outro Código de Ensino, em 1917. Ao menos nos estados procurava-se dar uma diretriz para a organização do ensino dentro das suas competências, considerando que a legislação federal não contemplava esses níveis de ensino e nem apontava diretrizes para a condução das políticas públicas estaduais.

Os tempos estavam mudando, novas ideias surgiam, novas propostas começavam a tomar espaço no cenário educacional, impulsionando o desencadeamento de reformas apresentadas por educadores, trazendo inovações na área educacional. Em diversos estados, foram aprovadas pelo legislativo reformas para o ensino na região, destacando-se dentre as várias reformas a de Fernando de Azevedo, no Rio de Janeiro (Distrito Federal) e, no Paraná, não menos importante a Reforma elaborada e apresentada por Lysimaco Ferreira da Costa.

A base que movimentou tais reformas nada mais foi que as ideias circulantes na Europa e as do educador norte-americano, John Dewey, a respeito da “Escola Nova”. O movimento escolanovista ganhou espaço e aos poucos foi-se incorporando nas propostas metodológicas, subsistindo até os dias atuais.

As novas concepções pedagógicas propunham repensar a educação, mediante uma escola nova transformadora, na qual prevaleceriam ideias de democratização da escola pública, gratuita e laica. O ‘entusiasmo pela educação’, retratado no Manifesto dos Pioneiros da Educação, ocorreu em meio à movimentos políticos e econômicos e à implantação do capitalismo de modelo urbano-industrial, acompanhado da recessão econômica de 1929, comenta Romanelli (1999, p. 46). Os renovadores escolanovistas contavam com o apoio dos novos agentes políticos para criarem condições favoráveis à recuperação da educação, apostando nas necessidades educacionais que, em contrapartida, iriam atender a deficiência dos setores secundários e terciários da economia.

A nova tendência que se instalou na educação, a partir de 1930, exigiu novas mudanças no ensino ante a intensificação do capitalismo industrial, que a Revolução de 1930 acabou por representar, tendo em vista as modificações profundas no quadro de aspirações sociais, em relação à educação, com repercussões na ação do próprio Estado.

Em 3 de novembro do mesmo ano, foi empossado na chefia do Governo Provisório o Dr. Getúlio Dornelles Vargas, Presidente do Estado do Rio Grande do Sul (NISKIER, 1989, p. 244). Na plataforma de governo, Vargas prometera atender as necessidades da educação nacional e dar assistência aos trabalhadores, verificando-se algumas conquistas democráticas e trabalhistas, que culminaram com a Consolidação das Leis Trabalhistas, CLT (PILETTI, 1990, p. 55). No tocante à educação, ocorreram importantes mudanças, tendo por base a ideia de estabelecer uma política nacional de educação.

2. A Pedagogia entra em cena

Na década de 1930, medidas importantes alteraram a estrutura do ensino, criaram organismos e instituições, como o Conselho Nacional de Educação e o

Museu Nacional. O ensino superior teve a atenção do Governo, através do Decreto nº 19.851, de 11 de abril de 1931, que estabelecia o Estatuto das Universidades Brasileiras. Dessa maneira, o Estatuto reorganizava a Universidade do Rio de Janeiro, criada em 1920, e incorporava-lhe a Escola de Belas-Artes, o Instituto Nacional de Música e a Faculdade de Educação, Ciências e Letras, conforme se expressava Francisco Campos em seu relatório (NISKIER, 1989, p. 248-249),

O ensino secundário comenta Niskier (1989, p. 249) foi contemplado, pelo Decreto nº 18.890, de 18 de abril de 1931, reestruturando sua organização ao estabelecer o ensino secundário oficial, ministrado no Colégio D. Pedro II e em estabelecimentos sob regime de inspeção federal, compreendendo dois cursos, um fundamental e outro complementar.

Outros cursos foram também reestruturados, a exemplo do ensino comercial, com a regulamentação da profissão de contador.

O Estatuto das Universidades Brasileiras favoreceu também a criação, no Estado de São Paulo, da Universidade de São Paulo, em 25 de janeiro de 1934, pelo Decreto nº 6.283, assinado pelo Interventor Armando Sales de Oliveira, que teve por base a Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras, segundo atesta Niskier (1989, p. 256-257).

Acontecimentos de ordem social e política, na década de 1930, tendo por base alegações ideológicas comunistas foram artifícios empregados por Vargas e pelos setores que o apoiavam para o Governo decretar estado de guerra, com o apoio das Forças Armadas e dos Governadores dos Estados. “A repressão ao movimento comunista de 1935 alimentou o autoritarismo de Vargas e das classes dominantes, e inspirado até certo ponto no exemplo do fascismo italiano e do nazismo alemão, Getúlio passou a conspirar para perpetuar-se no poder” (PILETTI, 1989, p. 87).

A Constituição de 1937, após o Golpe de Estado, que instalou o Estado Novo, não mais garantia o direito de todos à educação, apesar do artigo 129 estabelecer o ensino em instituições públicas à infância e à juventude, porém para aquelas que faltassem recursos, as escolas particulares poderiam cooperar na tarefa do ensino. Como comenta Piletti (1989, p. 88-89), a ênfase era dada

às escolas particulares, apesar do texto constitucional determinar a contribuição por parte daqueles que contassem com mais recursos (PILETTI, 1989, p. 89).

A educação passou a ser regulada por leis orgânicas, independentes uma das outras, embora o objetivo da reforma para o Ensino Secundário visasse à preparação dos alunos para os cursos superiores. Além dessa reforma, o Governo Federal regulamentou os cursos do ensino técnico-profissional, industrial, comercial e agrícola, além do ensino normal e ensino primário. Os três últimos cursos, agrícola, normal e primário, somente foram regulamentados em 1946, por meio de leis orgânicas, quando já havia terminado o Estado Novo.

Em relação à Escola Normal mantinha-se o padrão da década anterior ainda centralizado na preocupação com o domínio de conhecimentos a serem transmitidos. Todavia entre os anos de 1932 e 1939, Saviani (2009, p. 145-146) comenta a iniciativa, concebida por Anísio Teixeira, no Rio de Janeiro, ao implantar o Instituto de Educação do Distrito Federal, em 1932, dirigido por Lourenço Filho, e o Instituto de Educação de São Paulo, implantado em 1933, por Fernando de Azevedo, ambos inspirados nas ideias da Escola Nova.

A nova realidade passou a contar com a criação da Universidade de São Paulo, em 1934, e a Universidade do Rio de Janeiro, em 1935, nas quais foram organizados e implantados o Curso de Pedagogia e as licenciaturas, de acordo com o Decreto-Lei nº 1.190, de 4 de abril de 1939. As determinações foram extensivas a todo o país, conforme projeto do então Ministro da Educação, Gustavo Capanema.

Dessa forma, a formação de professores para o ensino normal e curso de Pedagogia ganhava o 'status' de nível de ensino superior, uma vez que tal formação seria compatível para a formação de professores que iriam formar professores nas escolas normais.

O Decreto-Lei nº 1.190/1939 criou a Seção de Pedagogia, tendo por finalidade preparar candidatos ao magistério do ensino secundário e normal e preparar trabalhadores intelectuais para exercerem atividades técnicas registra Silva (1999, p. 33). Para o magistério no ensino secundário seriam as licenciaturas que iriam garantir a formação pedagógica, enquanto para o ensino normal seria o próprio curso de Pedagogia que iria garantir a formação de mestres.

Em relação à Lei Orgânica do Ensino Normal, as palavras de Saviani (2009, p. 147-148) são esclarecedoras quanto a estrutura que o Decreto-lei nº 8.530, de 2 de janeiro de 1946, imprimiu à Escola Normal, permanecendo em vigor até a LDBEN de 1971. Afirma o autor,

Na nova estrutura, o curso normal, em simetria com os demais cursos de nível secundário, foi dividido em dois ciclos: o primeiro correspondia ao ciclo ginásial do curso secundário e tinha duração de quatro anos. Seu objetivo era formar regentes do ensino primário e funcionaria em Escolas Normais regionais. O segundo ciclo, com a duração de três anos, correspondia ao ciclo colegial do curso secundário. Seu objetivo era formar os professores do ensino primário e funcionaria em Escolas Normais e nos Institutos de Educação.

Após quase 20 anos de democracia, novas turbulências ideológicas abalariam a condução política no Brasil, levando a instalar um poder autoritário, a partir do Golpe Militar, pautado no combate à ideologia comunista defendida por autoridades, agentes políticos e um grupo de intelectuais.

Nos moldes da concepção, a Lei Orgânica de 1946, organizou o Ensino Normal e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, de 1961, ratificou tal posição, mantendo a idéia de investimento na educação para a capacitação de “Recursos Humanos”, objetivando o desenvolvimento econômico do País. Aliás, fato este que se depreende dos debates e das discussões que se atrelavam às políticas públicas a serem implementadas na educação, visando à recuperação no campo do ensino, por meio da qualificação de professores para o ensino primário.

Para a formação de professores do Curso de Pedagogia ocorreu a fragmentação entre Bacharelado e Licenciatura, ficando estabelecido para os Bachareis a habilitação técnica, na condição de especialistas em educação, e para os Licenciados a formação para atuar na Escola Normal e Secundária, registra Santana (2014, p. 2). A autora ainda salienta que a Lei de Reforma Universitária nº 5.540, de 28 de novembro de 1968, em relação ao Curso de Pedagogia especificava as especializações previstas: Orientação, Supervisão, Inspeção e Administração Escolar e a formação de Professores do Ensino Normal continuou para os Licenciados. Nesse período o ensino para a Educação Infantil e Etapas Iniciais do Ensino Fundamental continuavam distanciados do curso de Pedagogia.

Nos anos que decorreram entre 1970 e 1980, os movimentos em favor da redemocratização foram relevantes para a inclusão da docência no Curso de Pedagogia integrando a formação do pedagogo e superando a fragmentação na sua identidade profissional.

Enquanto ocorria a mobilização em torno do Curso de Pedagogia, a Escola Normal continuava sua trajetória funcionando paralelamente, embora com formações distintas, no sentido que o Curso formaria mestres para a Escola Normal e ensino secundário através das Licenciaturas, enquanto a Escola proporcionava a formação no magistério para Educação Infantil e os primeiros anos do Ensino Fundamental.

3. A identidade do pedagogo e as funções do Curso de Pedagogia.

A década de 1980, entretanto trouxe um descompasso na demanda à habilitação da docência no Curso de Pedagogia, em razão da queda nas matrículas na habilitação da formação de magistério, aliada à desvalorização da profissão em âmbito federal e estadual. Tanuri (2000, p. 82) comenta que tais ocorrências geraram diversos projetos, discussões e propostas para a revitalização do ensino normal, contando com iniciativas do Ministério de Educação e Secretarias Estaduais para proporem medidas que revertesse o quadro instalado.

A questão da identidade do pedagogo voltava à discussão, tentando-se amenizar os efeitos do tecnicismo sobre a educação e redefinir-se os princípios firmados ao longo do processo, levando várias instituições, observa Furlan (2008, p. 3870) a iniciar processos de reformulação dos cursos.

O conflito ainda não fora sanado na tentativa de identificar o desempenho e as funções do pedagogo, levando em conta a formação de mão de obra para o mercado de trabalho, diz Silva (2003).

A nova Lei de Diretrizes e Bases da educação Nacional, LDBEN, Lei n. 9394 de 1996 introduziu novos indicadores, contrariando todo o esforço que vinha sendo feito até o momento, provocando novas discussões, em razão dos novos indicadores. O artigo 62, visando a formação para a educação básica, introduz os Institutos Superiores de Educação, ISEs, como um dos possíveis

locais de formação, além das universidades/faculdades, com curso de formação para educação básica. No art. 63, inciso I, introduz os institutos para a manutenção do curso normal superior, para educação infantil e séries iniciais do ensino fundamental, e o art. 63, inciso II, a possibilidade de formação pedagógica aos diplomados em qualquer curso superior que quisessem se dedicar ao magistério da educação básica (FURLAM, 2008, p. 3870).

Silva (2003) comenta a definição do pedagogo na época, esclarecendo que a proposta caracterizou-se pela flexibilidade e diversidade de formas didáticas para organizar conteúdos considerados como princípios norteadores para a estruturação dos cursos, tendo por base a docência. Assim se expressa a autora:

Profissional habilitado a atuar no ensino, na organização e gestão de sistemas, unidades e projetos educacionais e na produção e difusão do conhecimento, em diversas áreas da educação, tendo a docência como base obrigatória de sua formação e identidade profissional (BRASIL, 1999a).

Nos anos posteriores a 1996, a aprovação da LDBEN N. 9394 gerou muita polêmica nos círculos acadêmicos a respeito da questão da docência e das licenciaturas no Curso de Pedagogia que, afinal, não tinham ficado muito bem definidas. Necessário seria debater e discutir certos pontos para que o Curso tivesse assegurada sua posição no âmbito do ensino superior e dessa forma a formação de professores. Dois Decretos presidenciais, o de n. 3.276, de 6 de dezembro de 1999, que determinava que a formação de professores para Séries Iniciais realizar-se-ia exclusivamente em cursos normais superiores resulta em protestos na comunidade acadêmica e outro em 2000, Decreto-Lei n. 3554, consertando o anterior e alterando a expressão 'exclusivamente' por 'preferencialmente' (FURLAM, 2008, p. 3873).

Em meio aos protestos os professores em debates propunham a manutenção da função de licenciatura que vinha sendo desempenhada pela Pedagogia e agora o Governo queria subtraí-la. Os debates em torno do Curso levaram a várias sugestões e propostas, chegando-se inclusive a se cogitar na extinção do Curso, caso não se chegasse a uma definição da formação no Curso de Pedagogia.

A partir do momento que se levantou a hipótese de extinção do Curso de Pedagogia houve uma série de protestos e contestações por parte de educadores.

Em 2001, nova Comissão de Especialistas do Ensino de Pedagogia propunha a formação do pedagogo desdobrada em duas alternativas, assegurando, porém, a base da organização curricular por meio da docência. O movimento de educadores que se uniram em torno da Associação Nacional pela Formação dos Profissionais da Educação, ANFOPE, foi um dos fortes argumentos para consolidar a posição da docência como base da identidade profissional de todo o profissional da educação, observa Tanuri (2000, p. 84). Mas ainda esclarece a autora a importância dessa posição, dizendo que o Curso de Pedagogia encarregar-se-ia da formação para a docência nos anos iniciais da escolaridade e da formação unitária do pedagogo, prática, aliás, que vinha ocorrendo na maioria das instituições de ensino superior.

O documento proposto e elaborado pela ANFOPE e pela primeira Comissão de Especialistas do Curso de Pedagogia em 1999, após sofrer algumas alterações foi aprovado em 2006. A Resolução n. 1, de 15 de maio de 2006, do Conselho Nacional de Educação, CNE, estabeleceu as Diretrizes Curriculares para o Curso de Pedagogia, pondo fim à discussão sobre a permanência ou extinção do Curso.

A própria LDBEN n. 9394/96 acabou por exigir, por si própria, a reorganização de novos parâmetros e diretrizes curriculares de todos os níveis e modalidades de ensino que a Lei contemplava inclusive para o Curso de Pedagogia.

Santana (2017, p. 3) comenta que a defesa em torno de mudanças sobre a questão da fragmentação do Curso constituía um dos pontos centrais das discussões e propostas de educadores. Afinal diz a autora, a Resolução n. 1 vinha superar essa preocupação e definir o campo de atuação do profissional na educação “em ambientes escolares e não escolares, tendo como base a docência da educação infantil e anos iniciais do Ensino Fundamental.”

Conforme Santana (2017, p. 3-4) isso implicaria em dizer que o campo de atuação do Pedagogo precisaria dar conta de saberes que sustentassem uma atuação competente na docência das etapas iniciais da Educação Básica e na

coordenação, orientação, bem como na gestão e participação nas demais atividades dentro e fora da escola, tais, como hospitais, empresas, museus, meios de comunicação, sindicatos, entre outros espaços.

Em 2006, com o direcionamento dado pelo Ministério da Educação/CNE, o Curso de Pedagogia firmou-se como curso formador de professores e garantidor da formação de professores de outras áreas através das licenciaturas. Sua importância, afirma Furlam (2008, p. 3873-3874), tornou-se relevante em razão da formação integral que confere ao acadêmico ante o aprendizado de conhecimentos nas áreas de História, Psicologia, Sociologia, Filosofia e Política, tornando este profissional preparado para enfrentar a escola como ela apresenta-se em dias atuais, diversificada. Outra questão abordada pelas Diretrizes está na “[...] reafirmação das universidades como *lócus* privilegiado de formação de professores. O curso passou de 2.800 horas para 3.200 horas”. Considerando ainda a ampliação do conceito de docência presente nas Diretrizes.

Cabe lembrar que as Diretrizes Curriculares do Curso de Pedagogia vieram antecedidas da ampliação da docência, conforme se observa na Lei n. 11.274, de 6 de fevereiro de 2006, que alterou dispositivos da Lei de Diretrizes e Bases, dispondo sobre a duração de 9 (nove) anos para o Ensino Fundamental, com matrícula obrigatória a partir dos 6 (seis) anos de idade. Com essa medida as Diretrizes focaram na matrícula obrigatória a partir dos seis anos de idade e os Cursos de Pedagogia tiveram que se adaptar a nova estruturação.

Ainda continuam os debates de educadores sobre a criação do Conselho da profissão. Também ocorre o acompanhando de perto dos debates pelas Comissões Parlamentares para aprovação do Projeto de Lei (2007) criando os Conselhos, Federal de Pedagogia e Regionais de Pedagogia.

As conquistas aos poucos vão se efetivando ao longo do caminho percorrido e das lutas incessantes pelo reconhecimento e valorização do professor. As novas exigências legais relativas às funções do Curso e da sua estruturação curricular foram, tanto quanto possível, equacionadas visando manter um curso para possibilitar uma formação compatível com as exigências da sociedade em transformação.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Maria Helena C. A instrução pública e o ensino mútuo no Brasil: uma história pouco conhecida (1808-1827). **História da educação**. Pelotas, no 1, v. 1, p. 115-133, 1997.

_____. A formação de professores para o ensino mútuo no Brasil: o “curso normal para professores de primeiras letras do Barão de Gérando (1839)”. **História da educação**. Pelotas, no 3, v. 2, p. 95-119, 1998.

BRASIL. **LEI Nº 16, DE 12 DE AGOSTO DE 1834 - Publicação Original**. Faz algumas alterações e adições à Constituição Política do Império, nos termos da Lei de 12 de outubro de 1832. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/leimp/1824-1899/lei-16-12-agosto-1834-532609-publicacaooriginal-14881-pl.html>. Acesso em: 30/10/2018.

_____. Ato Adicional de 12 de agosto de 1834. Disponível em: <https://www.google.com.br/imgres?imgurl=https://mundoeducacao.bol.uol.com.br> . Acesso 03/11/2018.

_____. Decreto nº 11.530, de 18 de Março de 1915 - Legislação Informatizada – Republicação. **Reorganiza o ensino secundário e o superior na República**. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1910-1919/decreto-11530-18-marco-1915-522019-republicacao-97760-pe.html> . Acesso em: 30/10/2018.

_____. Ministério da Educação. Secretaria da Educação Superior. **Comissão de Especialistas de Ensino de Pedagogia**. Proposta de Diretrizes Curriculares. Brasília, 1999a. Mimeografado.

_____. MEC/CNE. Resolução CNE/CP 1/2006. **Institui Diretrizes Curriculares Nacionais para o Curso de Graduação em Pedagogia, licenciatura**. Institui Diretrizes Curriculares Nacionais para o Curso de Graduação em Pedagogia, licenciatura. Disponível em: portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/rcp01_06.pdf. Acesso em 15/10/2018.

_____. Lei nº 11.274, de 6 de fevereiro de 2006. Legislação Informatizada. Publicação Original. **Altera a redação dos arts. 29, 30, 32 e 87 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, dispondo sobre a duração de 9 (nove) anos para o ensino fundamental, com matrícula obrigatória a partir dos 6 (seis) anos de idade**. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2006/lei-11274-6-fevereiro-2006-540875-publicacaooriginal-42341-pl.html>. Acesso em: 15/10/2018.

FURLAN, Cacilda Mendes Andrade. **História do Curso de Pedagogia no Brasil: 1939-2005**. Londrina/PR: Universidade Estadual de Londrina – UEL,

2008. Disponível em: http://educere.bruc.com.br/arquivo/pdf2008/164_885.pdf. Acesso em: 15/10/2018.

NISKIER, A. **Educação Brasileira**. 500 anos de História. 1500-2000. São Paulo: Melhoramentos, 1989.

O BRASIL na Primeira Guerra Mundial. A participação brasileira na 1ª Guerra Mundial (resumo), como a guerra beneficiou a economia brasileira. Disponível em: https://www.suapesquisa.com/primeiraguerra/brasil_primeira_guerra.htm. Acesso em: 03/11/2018.

OLIVEIRA, M.C.M. de. **O ensino primário na Província do Paraná, 1853-1889**. Curitiba/PR: BPPR/SEEPR, 1986.

_____. **Ensino primário e sociedade no Paraná durante a Primeira República**. São Paulo: FEUSP, 1994. Tese de Doutorado em Educação.

PILETTI, Nelson. **História da Educação no Brasil**. São Paulo: Ática, 1990.

ROMANELLI, Otaísa de Oliveira. **História da Educação no Brasil (1930/1973)**. Petrópolis: Vozes, 1999.

SANTANA, Sara dos Santos. **Curso de Pedagogia no Brasil: Trajetória, Saberes e Profissionalização**. Salvador, BA: Pet Pedagogia, UFBA, 2017. Disponível em: <https://petpedufba.wordpress.com/2017/03/10/curso-de-pedagogia-no-brasil-trajetoria-saberes-e-profissionalizacao/>. Acesso em: 03/11/2018.

SAVIANI, Dermeval. Formação de professores: aspectos históricos e teóricos do problema no contexto brasileiro. Universidade Estadual de Campinas, Faculdade de Educação. Campinas, São Paulo, **Revista Brasileira de Educação**, v. 14, n. 40, jan./abr. 2009.

SILVA, Carmem Silvia Bissoli da. **Curso de Pedagogia no Brasil: história e identidade**. São Paulo: Autores Associados, 2003.

SILVA, Maria Raichelda Freitas. **O Curso de Pedagogia no Brasil: origem e desafios**. 2014. Disponível em: <https://www.webartigos.com/artigos/o-curso-de-pedagogia-no-brasil-origem-e-desafios/124395>. Acesso em: 10/10/18.

TANURI, Leonor Maria. História da formação de professores. **Revista Brasileira de Educação**, mai/jun/jul/ago, n. 14, 2000. Universidade de São Paulo, São Paulo. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbedu/n14/n14a05>. Acesso em: 22/10/18.

O HABEAS CORPUS DE MARIA PRESTES – ANÁLISE DOS PRESSUPOSTOS QUE JUSTIFICARAM A FUNDAMENTAÇÃO DOS MINISTROS DA CORTE SUPREMA.

Claudia Chipon Staude¹
Jackson Roberto Morais Alves²

RESUMO

A negação do *writ* constitucional que levou a expulsão do Brasil de Maria Prestes, nome da Paciente em que foi impetrado o *habeas corpus* n. 26.155 em 3 de junho de 1936, é considerada pelo Supremo Tribunal Federal como um julgamento histórico. No acórdão de 17 de junho do mesmo ano, sete dos onze ministros não conheceram do pedido e três, conheceram, mas quanto ao mérito, negaram provimento. O estado de guerra decretado após a Intentona Comunista, corroborou pelo não conhecimento do pedido pela maioria dos ministros. Cabe como objetivo deste trabalho, analisar a fundamentação dos votos do Acórdão, sobre as perspectivas do contexto histórico-político, das características que envolveram a formação acadêmica e profissional dos ministros e, da influência do positivismo sociológico a fim de que se possa ao menos entender, que todo este conjunto se alinhou ao pensamento unânime

¹ Possui graduação em Farmácia e Bioquímica pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2000). Exerceu a função de monitória na disciplina de Bioquímica I e II durante o curso de Farmácia, preparando aulas práticas e auxiliando os acadêmicos com aulas teóricas de reforço. Tem experiência na área de Farmácia de dispensação, gestão de pessoas, gerência financeira e administrativa. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Internacional Uninter (2015). Certificado Melhor Aluna concluinte do curso de Bacharelado em Direito da turma de ingresso 1º Semestre de 2011, com média geral 9,03. Aprovada no XIX exame da Ordem dos Advogados do Brasil. Pós Graduada em Direito Penal e Criminologia pelo Centro Universitário Internacional Uninter (2016); tema do trabalho de conclusão do curso - Criminologia Crítica: reação social, o poder de punir com a nota final de 9.8. Pós Graduada em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário Internacional Uninter (2017); tema do trabalho de conclusão de curso - Direito de Família na Lei n. 13.105/2015 - Métodos Consensuais - Mediação com a nota final de 9.0. Estagiária de Pós Graduação na Ouvidoria-geral do TJPR (2016-2017); Estagiária de Pós Graduação Voluntária no Gabinete Exmº Desembargador Mário Luiz Ramidoff (2017 - 2019); PPGD - Uninter - Mestrado em Direito - Mestranda (início - 2018) - Bolsista (PPGD Uninter) Orientador da Pesquisa - Professor Celso Luiz Ludwig - Coorientador - Professor Rui Carlo Dissenha - Tema da Dissertação - Decisão Judicial e Subjetividade, os limites argumentativos e hermenêuticos da decisão judicial penal. Resumo de trabalho aceito no III Congresso Internacional de Direitos Humanos de Coimbra. Prêmio Menção Honrosa de Apresentação de Trabalho SPIC (Centro Universitário UNICURITIBA 2018). Prêmio Menção Honrosa de Apresentação de Trabalho ENFOC (Centro Universitário Internacional UNINTER 2018).

² Mestrando em Direito - Linha de Pesquisa: Teoria e História da Jurisdição (UNINTER 2018) - Dissertação: Hermenêutica Constitucional e Direito de Resistência: Instrumentos e possibilidades de Afirmação dos Direitos Fundamentais. Crítica Dogmática e Utopias Possíveis Pós Graduação - Especialização: Direito Penal Econômico (Incompleto). (Universidade Positivo 2014). Pós Graduação - Especialização: Direito Tributário e Processual Empresarial (PUC/PR 2013) Pós Graduação - Especialização: Direito Constitucional (FEMPAR/2012) Graduação em Filosofia - Universidade Federal do Paraná (Incompleta) Graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2002). Professor em Cursos Preparatórios para Concursos públicos nas disciplinas de: Direito Constitucional/ Direito Tributário/ Direito Administrativo / Direito Eleitoral

quanto a expulsão de Maria Prestes. A metodologia aplicada foi a pesquisa as fontes primárias da petição do *habeas corpus*, do inquérito policial, e o inteiro teor do acórdão, além das fontes secundárias por meio da leitura de livros e artigos pesquisados para o desenvolvimento deste trabalho.

Palavras-Chaves: *Habeas Corpus*; fundamentação; positivismo sociológico; Corte Suprema.

INTRODUÇÃO

Em 1930, Getúlio Vargas assumiu o governo provisório da República dos Estados Unidos do Brasil, após a renúncia forçada de Washington Luís. A entrada em vigor do decreto que instituiu o governo provisório, direcionava o país para um contexto político diverso do atual. A dissolução do congresso nacional e das assembleias legislativas, a substituição dos governadores pela figura dos interventores, a criação de um tribunal especial para julgar crimes políticos, indicava que seria um período difícil para os opositores, e foi.

O primeiro governo de Getúlio Vargas, foi marcado pela decretação do estado de guerra após a tentativa de insurreição comunista em novembro de 1935, a perseguição aos partidários da ANL – Aliança Nacional Libertadora e a prisão de diversos brasileiros e estrangeiros considerados subversivos a ordem pública, se tornaram foco da polícia judiciária. Em 1936, a prisão de Luís Carlos Prestes e sua esposa Maria Prestes (Olga Benario), foi um capítulo relevante para a história política e jurídica do nosso país.

A Revolução de 30, marcou um período de incertezas democráticas que refletiram no Supremo Tribunal Federal, desde a alteração momentânea no nome, no funcionamento, e até a apropriação de prerrogativas que agora seriam tomadas pelo poder executivo.

A indicação de 22 (vinte e dois) ministros ao STF durante todo o período em que foi chefe do executivo, fez de Vargas o presidente com o maior número de nomeações na história da Corte. Logo no início da Primeira República, Vargas substituiu 6 (seis) ministros por meio de aposentadorias compulsórias. Mas se

no início do governo, a intervenção efetiva na corte foi considerada uma ameaça a independência do Poder Judiciário, aos poucos as nomeações seguintes demonstraram que as relações entre o Poder Executivo e a Corte seria de influência mútua, pelo menos foi o que se viu no *HC* n. 26.155.

A composição dos ministros da Corte Suprema – na Constituição de 1934, o nome do STF passou a ser Corte Suprema, voltando a ser Supremo Tribunal Federal na carta de 1937 – que, ocupou as onze cadeiras entre 4 de maio de 1936 à 15 de novembro de 1937, foi responsável pelo recebimento do *habeas corpus*, da Paciente Maria Prestes.

O período de exceção, fez com que a maioria dos ministros sequer conhecessem do pedido, e aqueles que decidiram analisar o mérito, negaram provimento. O destino final de Maria Prestes, foi a sua execução no campo de concentração de Bernburg – Alemanha, no inverno de 1942.

Por certo que há inúmeros trabalhos que retratam o episódio da expulsão do Brasil de Maria Prestes, no entanto, o presente texto pretende estudar, primeiramente os argumentos da defesa de Maria Prestes, para depois expor as justificativas referentes a fundamentação de cada um dos ministros da Corte.

Mas não se trata de uma análise simples de aplicação da lei ao caso concreto. As particularidades referentes a indicação de diversos ministros por parte do Presidente, além da formação acadêmica na faculdade de Direito de São Paulo – escola da maioria dos ministros da composição que analisou o *HC* – e ainda, a atividade profissional exercida antes de assumir a vaga na Corte, identificam que estes fatores foram, também importantes para entender o porquê da decisão tomada no caso Maria Prestes.

Além disso, a influência da interpretação do Positivismo Sociológico, que enxerga o Direito como um produto da sociedade, muito além da aplicação pura da lei, expõe o alinhamento de ideias que influenciaram a decisão dos ministros, bem como as considerações que envolveram o desenlace da expulsão.

1. O *HC* DE OLGA BENARIO – MARIA PRESTES

Na madrugada de 5 de março de 1936, Olga Benario (Maria Prestes) e Luís Carlos Prestes foram presos pelos policiais Josué Torre Galvão e Ernani de Andrade, sob o comando do chefe de polícia Filinto Müller, que havia prometido uma recompensa de 100 (cem) contos de réis para o policial que prendesse Prestes. Misteriosamente e, pouquíssimo tempo depois, os dois policiais, responsáveis pelas prisões, morreram (MORAIS, 1985, p. 194).

Mas, se a missão era a captura de Prestes, a sua esposa não iria ficar ileso a uma investigação. Não se tinha qualquer informação sobre aquela “brasileira” de sotaque carregado, que alegava que o seu nome era Maria Bergner Vilar (Olga Benario teve diversas identidades para se manter no anonimato), mas o mistério sobre a sua verdadeira história logo foi descoberto.

A embaixada do Brasil, localizada em Berlim, mantinha bom relacionamento com o comando da polícia secreta nazista (Gestapo), e coube ao próprio embaixador, José Joaquim Moniz de Aragão, organizar um relatório minucioso a respeito das atividades da “alemã judia”, esposa presa do chefe comunista brasileiro (MORAIS, 1985, p. 170). Os antecedentes da intensa atividade política, exercida desde a juventude de Olga Benario na Alemanha, foram logo estampados nos jornais brasileiros, porém, com o cuidado de preservar a real intensão, o governo omitiu as informações da relação estreita entre a nossa embaixada na Alemanha e a Gestapo (MORAIS, 1985).

Em 21 de março de 1936, o Decreto n. 702 declarou pelo prazo de 90 (noventa) dias o estado de guerra, equiparado “à comoção intestina grave, articulada em diversos pontos do país desde novembro de 1935, com a finalidade de subverter as instituições políticas e sociais”. (BRASIL, 1936) O objetivo de tal decreto era a justificativa legal para uma intensa defesa dos princípios da autoridade e da ordem social. Alinhado com outros artigos da constituição de 1934, o contraditório e a ampla defesa dos presos políticos seria de extrema dificuldade.

A partir da conclusão do inquérito policial a respeito da investigação de Olga Benario, e outras duas estrangeiras, em 14 de maio de 1936, o Delegado

Eurico Bellens Porto encaminhou um relatório, ao Chefe de Polícia Especial – Filinto Müller, informando que não havia encontrado elementos suficientes, para incluir como indiciadas: Elisa Ewert, Carmem de Ghioldi e Maria Bergner Prestes (Olga Benario). Ainda, que as duas primeiras, apenas confessaram a filiação ao partido comunista, e nada mais disseram. Mas, para concluir o inquérito, o Delegado assim escreveu:

“Tratam-se evidentemente de elementos indesejáveis, cuja permanência no território nacional não é aconselhada. Por estas razões, data venia, lembro a Vossa Excellencia a conveniência de contra ellas serem instaurados os competentes processos de expulsão, na forma da legislação em vigor”. (BRASIL, 2019)

A constituição em vigor de 1934, previa no art. 113, n. 15 que: “A União poderá expulsar do território nacional os estrangeiros perigosos à ordem pública ou nocivos aos interesses do País” (BRASIL, 1934). Assim, o direito de expulsão estava nas mãos do Poder Executivo, ainda mais em pleno estado de guerra.

O governo tinha muito interesse na expulsão e na deportação para a Alemanha de Olga Benario, que a esta altura, já sabia que esperava um filho. A sua defesa foi realizada pelo advogado Heitor Lima, indicado por Prestes. Mesmo grávida, e ciente da garantia constitucional da permanência de Olga no país, pois havia a perspectiva do nascimento futuro de um brasileiro nato, tanto Vargas quanto Filinto continuavam a argumentar que a presença de Olga no Brasil era bastante perigosa à ordem pública (MORAIS, 1985).

A passagem interessante neste período, antes de expor os pedidos do HC, foi o relato do jurista Clóvis Bevilácqua, este teve que justificar a decisão do governo, alegando que o interesse público estava acima dos demais direitos, senão, veja-se:

A questão já foi estudada em todos os seus aspectos em face do Direito Civil. É, porém, diverso, o caso ora em debate. Estamos agora no terreno do Direito Internacional com um caráter punitivo. Essa punição, no entanto, visando a expulsanda, vai atingir o nascituro. Além disso, estamos em um período de estado de guerra, e a expulsão de que se cogita envolve o ponto de vista do interesse público, que está acima de todos os demais interesses. (MORAIS, 1985, p. 195).

A justificativa da prevalência do interesse público, inclusive foi dada em alguns votos que negaram o pedido do *habeas corpus* de Maria Prestes.

O HC n. 26.155, foi protocolado no dia 3 de junho de 1936 à competência da Corte Suprema dos Estados Unidos do Brasil. A Paciente, Maria Prestes, estava presa há três meses, a disposição do Ministro da Justiça, para ser expulsa do território nacional.

Os principais argumentos, a seguir resumidos, do *habeas corpus* de Maria Prestes, impetrado pelo advogado Heitor Lima, foram retirados no texto original disponível no site do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 1936):

Conforme os argumentos do advogado, os atos e fatos atribuídos a Paciente, de que tenha participado da intentona comunista, eram verdadeiros e, de que seria por óbvio necessário o julgamento e a condenação da paciente, como “autora intelectual e cúmplice em vários delitos contra a ordem política e social” (BRASIL, 1936).

Citando a lei penal, alegou o causídico, que o código é aplicável a todos os indivíduos, sem distinção da nacionalidade, e que em território nacional, possam a vir praticar fatos criminosos ou puníveis. A expulsão de estrangeiros nocivos à ordem pública, realmente é prevista na constituição, mas que tal determinação não pode ser motivo para “burlar” a lei penal vigente, uma vez não ser justo aquele que delinque ser repatriado e poder viver livremente sem nenhuma sanção.

Que a Paciente, Maria Prestes foi presa como delinquente, e tanto a polícia quanto o ministério da justiça têm a certeza de sua condenação, neste sentido, caberá a autoridade judiciária competente processar e julgar tal ameaça, e não oferecer à Paciente o prêmio da liberdade, na forma da expulsão.

O advogado que impetra o HC, em nome da Paciente, não deseja que Maria Prestes seja posta em liberdade, ou para fugir de qualquer julgamento, “ela não quer ser libertada, mas sim continuar no país e ser processada e julgada”, em suma: ao *habeas corpus* é impetrado a fim de que a Paciente não seja expulsa (BRASIL, 1936).

Quanto a gestação, o advogado argumentou, que a expulsão atingiria duas pessoas e não apenas uma, pois Maria Prestes estaria grávida de 4 (quatro) meses e que o pai seria Luís Carlos Prestes, seu marido. Neste sentido, há um ente que foi gerado no Brasil, e que, embora não tenha nascido, a lei brasileira protege o direito do nascituro (art. 4º da Lei 3.071/1916): Art. 4. “A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro” (BRASIL, 1916).

Ainda, clama, Heitor Lima, pelo julgamento do *HC*, pelo viés da legalidade, ou constitucionalidade, porque no inquérito policial, os depoimentos apurados não constataram nenhum fato criminoso à Paciente, apenas o delegado afirmou ser Maria Prestes uma agitadora e assim, um perigo a segurança nacional.

Quanto ao arrependimento, o advogado alegou, que “a maternidade mudará a concepção de existência, de sociedade e do universo da Paciente” (BRASIL, 1936). Por fim, o defensor afirma que a petição não será selada e nem instruída por provas, porque a Paciente está sem recursos. Assim, o advogado solicitou que o processo não tivesse custas, o que foi negado pelo Presidente do Tribunal, ministro Bento de Faria. Indignado, Heitor Lima protocolou resposta a negativa afirmando que arcaria com os valores (BRASIL, 1936).

A data de 17 de junho de 1936, o Acórdão do pedido de *habeas corpus* foi publicado, para relatar que a maioria dos ministros não tomaram conhecimento do pedido. Passamos a conhecer na íntegra da decisão, a fundamentação do voto de cada um dos ministros.

2. O JULGAMENTO DO HC N. 26.155 – PACIENTE: MARIA PRESTES

O ministro Bento de Faria, foi o relator do *habeas corpus* de Maria Prestes, mas outros 10 (dez) membros da Corte, igualmente votaram, são eles: Edmundo Lins, Carlos Maximiliano, Ataulpho de Paiva, Costa Manso, Octávio Kelly, Carvalho Mourão, Laudo de Camargo, Plínio Casado, Eduardo Espínola e Hermenegildo de Barros.

Entre estes 11 (onze) ministros, apenas três conheceram do pedido: Carlos Maximiliano, Carvalho Mourão e Eduardo Espínola, os demais, simplesmente negaram conhecimento. Importante observar que, na íntegra do Acórdão não é possível encontrar o voto do relator, porém, na decisão fica evidente que o ministro Bento de Faria não conheceu do pedido. Outro aspecto importante, é a ausência, da mesma forma, do voto de Hermenegildo de Barros, que não aparece nos Autos, disponível na consulta aos julgamentos históricos do STF. Os trechos aqui citados, respeitam a escrita original.

CARLOS MAXIMILIANO

O ministro Carlos Maximiliano, iniciou afirmando que o argumento mais forte trazido pelo advogado, foi de que a Paciente seria uma pessoa terrivelmente perigosa e delinquente e que por isso, deveria ser processada, condenada e que cumprisse a pena aqui no Brasil. No entanto, afirmou o ministro que o advogado não havia juntado nenhuma prova, e sob este aspecto concordava com o voto do relator.

Que o tribunal deve aceitar como verdadeiras as informações da autoridade policial, que neste caso, afirmaram que nada havia contra a Paciente, e que este argumento, segundo o ministro seria o mais interessante, não fosse a ausência de provas do impetrante. Quanto ao arrependimento de Maria Prestes, o ministro disse: “essa senhora, regenerando-se pelo amor, como a Dama das Camélias, iria, e deseja mesmo, no recinto da prisão, com affagos, carinhos e conselhos, regenerar também o revolucionário Luís Carlos Prestes: ...não acredito que este seja um fundamento para o habeas corpus” (BRASIL, 1936, p.2).

Ao ingressar no argumento da nacionalidade de Maria Prestes, Carlos Maximiliano disse que o advogado não provou que a Paciente era brasileira, pois se assim fosse, sem dúvida, seria objeto de exame da Corte. Ou ainda, porque é brasileira pois estaria grávida, o ministro logo refutou: “ A Constituição só considera brasileiro o nascido no Brasil e não aquele que tenha arranjado no Brasil”. E que, para fins de prova, a mãe era de procedência conhecida, já o pai não era possível afirmar o mesmo, “pois ao tempo da concepção não se sabe

onde se encontrava Luís Carlos Prestes, talvez mesmo no Paraguai...No nosso paiz não se achava” (BRASIL, 1936, p.2-3).

Como o advogado insistiu no tema da expulsão da criança, o ministro finalizou a questão trazendo à baila que tanto a constituição de 1891 (art. 69, parágrafo 5º), quanto a de 1934 (art. 106, letra c), dizem que toda a “expulsanda” deve levar consigo os filhos, dentro do ventre ou já nascidos (BRASIL, 1936, p.3).

Por fim, o ministro afirmou que o Poder Executivo “desde que não se trate de nacional, pode expulsar uma vez fique evidenciada a periculosidade do indivíduo á ordem pública. O direito do governo para expulsar é absoluto”. Por todos os motivos expostos, o pedido foi conhecido, mas não deferido (BRASIL, 1936, p.3).

ATAULPHO DE PAIVA

O ministro, Ataulpho de Paiva, não conheceu do pedido, mas, se fosse vencido, indeferia-o quanto ao mérito.

COSTA MANSO

Em seguida, foi a fundamentação do voto do ministro Costa Manso. O estado de guerra havia sido decretado pelo então presidente Getúlio Vargas, o ministro iniciou o voto justamente sobre a legalidade de se impetrar *habeas corpus*, no estado de exceção. Costa Manso, disse que na própria Corte, três correntes tinham se formado: o relator, Bento de Faria, considerava o instituto absolutamente suspenso, já Plínio Casado afirmou, com o apoio da maioria, que o *HC* não é admitido quando o constrangimento vier de motivos da ordem pública, e a última corrente, que Costa Manso se filiava, poderia ser chamada de mais liberal, por entender ser cabível o *HC*, mesmo nos casos de ordem pública, mas que viessem de uma decisão judicial (BRASIL, 1936).

Mas que todas as correntes eram unânimes quanto ao ponto de que, não cabe o *HC* quando se tratava de medida de segurança, determinada pelo poder executivo, se “o Governo informa que pretende expulsar a paciente, porque a

sua presença constitui perigo à ordem pública, o caso, portanto, escapa da apreciação da Corte” (BRASIL, 1936, p.6).

Que contra a Paciente havia um inquérito policial, e não um processo, que se fosse o caso, aí sim caberia a Corte examinar, pois “normalmente, não pode o Governo expulsar o estrangeiro sujeito à Justiça” (BRASIL, 1936, p.6). Não havia processo, não cabe apreciação.

Quanto ao estado de gravidez, se tratou de um argumento sentimental para o ministro, já que é possível a expulsão da mãe e filhos. “A defesa da ordem pública num país tem dessas exigências. O bem público está acima de tudo” (BRASIL, 1936, p.7).

Por fim, o ministro lembrou que o advogado impetrante, não queria que a Paciente fosse libertada, mas sim que continuasse presa, julgada, condenada e que após o cumprimento da pena, fosse expulsa do país. Argumentou Costa Manso que “O governo, mais benigno, livra-a imediatamente da prisão, concedendo-lhe a liberdade, embora além das fronteiras” (BRASIL, 1936, p. 7-8). Neste aspecto, o ministro não tomou conhecimento, pois de alguma forma ele seria prejudicial à liberdade de Maria Prestes.

OCTÁVIO KELLY

Para o ministro Octávio Kelly, a Corte já havia decidido que os pedidos de *habeas corpus* impetrados durante o estado de sítio ou guerra, não seriam conhecidos se, o constrangimento tivesse como justificativa a necessidade de defesa da ordem pública ou da segurança pública.

Assim, votou o ministro, no sentido de não conhecer do HC “ante as informações que vêm de ser prestadas pelo Sr. Ministro da Justiça que concluem pela periculosidade ou nocividade da permanência da expulsanda em território nacional” (BRASIL, 1936, p. 9).

CARVALHO MOURÃO

A fundamentação de Carvalho Mourão foi a mais extensa, iniciou o voto afirmando que a gestação da Paciente é um tema interessante, porque embora para o Direito Civil a personalidade começa a partir do nascimento com vida,

existe a previsão que “a lei põe a salvo, desde a concepção, o direito do nascituro: tratar-se-ia de um direito do nascituro que pudesse ser acautelado pela lei antes do nascimento. Mas, qual seria esse direito?” (BRASIL, 1936, p. 10) O ministro discorreu sobre a curatela, no que diz respeito aos direitos patrimoniais, mas entrou na questão principal que seria a antecipação do direito a nacionalidade do nascituro. Carvalho Mourão, acrescentou que não considera absurdo cogitar sobre o assunto, no entanto, a lei nada disse sobre o tema, por isso, seria uma ficção considerar tal direito ao feto.

Assim asseverou: “Não havendo nenhuma outra lei positiva que lhe confira por ficção, ao menos provisoriamente, o direito á nacionalidade, tal pretensão não está conforme a regra do direito” (BRASIL, 1936, p.11). Ou seja, para o ministro se não havia previsão legal, tal ficção não pôde ser aplicada.

Continuou afirmando que a nacionalidade é um tema previsto apenas pela Constituição, e não pelo Direito Civil, e desta forma “que estabelece a Constituição? São brasileiros os nascidos no Brasil”. [...] “o que confere a nacionalidade não é a concepção, mas, claramente, o facto do nascimento em territorio brasileiro” (BRASIL, 1936, p. 12).

Mesmo após ter lido os argumentos do *habeas corpus*, e ciente que a Paciente seria expulsa para a Alemanha nazista, Mourão fundamentou que tal fato não colocaria em risco a vida de Maria Prestes e nem de seu filho “ apenas é devolvida ao ambiente em que sempre viveu” (BRASIL, 1936, p. 12).

Após superar a questão do direito à nacionalidade do nascituro, o ministro passou a analisar o argumento do advogado de que a paciente estaria sujeita a processo criminal, e por isso, não poderia ser expulsa. Entendeu, que o Estado tinha a prerrogativa de expulsar um estrangeiro, mesmo que estivesse respondendo a um processo criminal:

É verdade que muitas vezes trata-se de crime político, de crime contra a ordem política e social ou contra o Estado. Que melhor garantia, que maior segurança existirá do que a expulsão do estrangeiro perigoso, ao em vez de aqui permanecer, acarretando despesas para a sua manutenção e até com a oportunidade de fugir da prisão, perturbando novamente a ordem pública? Por conseguinte, numa palavra, o Estado, o Governo tem o direito de expulsar mesmo quem esteja sujeito a processo criminal (BRASIL, 1936, p. 14).

E que, no caso em análise, não foi instaurado nenhum processo contra Maria Prestes, assim, o argumento de Heitor Lima não se sustentava, o ministro Carvalho Mourão, mesmo conhecendo do pedido, negou o mérito.

LAUDO DE CAMARGO

Ministro que não conheceu do pedido de *habeas corpus*, afirmou que toda matéria referente à segurança nacional, não cabe apreciação do Poder Judiciário. Para finalizar a justificativa breve, disse que o único argumento plausível no *HC*, foi a gravidez da Paciente e que, tal fato não era impeditivo para a expulsão.

PLÍNIO CASADO

O voto do ministro Plínio Casado foi como a maioria, não conhecer do pedido. Restou a fundamentação do artigo 161 da Constituição de 1934 – o atual Estado de Guerra implica a suspensão das garantias fundamentais, que possam prejudicar a segurança nacional.

EDUARDO ESPÍNOLA

O ministro Eduardo Espínola, até conheceu do pedido, mas não o deferiu, por afetar diretamente a segurança nacional.

ACÓRDÃO

A decisão foi publicada com o seguinte texto: “Não conheceram do pedido, contra os votos dos senhores ministros Carlos Maximiliano, Carvalho Mourão e Eduardo Espínola, que conheciam e indeferiam” (BRASIL, 1936, p. 18-B).

EXPULSÃO

Em 27 de agosto de 1936, o Decreto de expulsão de Maria Prestes foi assinado por Vargas:

O PRESIDENTE DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL, Considerando que a allemã Maria Bergner Villar, que também usa os nomes de Frieda Wolff Bertrand, Olga Bergner, Olga Benario, Olga Meirelles, Maria Prestes e Erna Kruger, se tem constituído elemento nocivo aos interesses do paíz e perigoso á ordem pública; conforme foi apurado pela Policia do Districto Federal; Resolve, em conformidade com o dispôsto no art.º 113, nº 15, da Constituição

Federal, expulsar a referida estrangeira do território nacional. (BRASIL, 1936).

Em 23 de setembro do mesmo ano, Maria Prestes embarcou no vapor *La Coruña* em direção a Hamburgo, e em menos de 30 (trinta) dias foi entregue aos oficiais da Gestapo. Sua filha nasceu na prisão, e com um pouco mais de 1 (um) ano, a criança passou aos cuidados da avó paterna, Leocádia Prestes. No inverno de 1942, Maria Prestes (Olga Benario) foi executada na câmara de gás em Bernburg.

As fundamentações dos ministros da Corte Suprema, no caso em discussão, tiveram em sua maioria – 8 (oito) ministros – a justificativa da prevalência da ordem pública e da segurança nacional em detrimento dos direitos individuais, e que tal discussão tratava-se de questões que envolviam a Constituição, o Direito Internacional e a decisão do Poder Executivo.

A argumentação do impetrante quanto a gravidez e a ausência de um processo criminal, foram afastadas com explicações que variavam entre a desconfiança da paternidade de Luís Carlos Prestes, e a ausência de provas que pudessem ensejar um delito praticado pela Paciente, e, conseqüentemente o início de um processo criminal.

O direito a nacionalidade do nascituro foi amplamente discutido, quer seja por aceitar a disposição do Código Civil, que dispunha que o direito cabia apenas a partir do nascimento com vida, quer seja, para afastar tal argumento e alegar, que o direito a nacionalidade era matéria da Constituição, diante da ausência de um dispositivo constitucional, não existia direito ao feto.

A aproximação entre os Poderes Executivo e Judiciário foi claramente observada nos votos, por vezes o argumento de que o Executivo teria a prioridade e, até mesmo a competência exclusiva para expulsar os estrangeiros nocivos, diante da previsão constitucional e ainda, a recente vigência do Decreto n. 702 – que determinou o estado de guerra, justificavam a isenção de apreciação do *habeas corpus* por parte daquela Corte.

O raciocínio dos argumentos de cada um dos votos, seja no sentido de conhecer ou não, pois até a maioria que não deu prosseguimento a análise do

mérito, justificou a não apreciação, vai além de uma análise simples de um *habeas corpus* impetrado em pleno estado de guerra.

O período histórico-político dos anos 30, marcado inicialmente pelo governo provisório, a carta de 1934, a tentativa frustrada de uma revolução comunista, as perseguições, torturas a presos políticos, e ainda, a relação entre o governo Vargas e a Corte Suprema, bem como a carreira de cada ministro que compôs as 11 (onze) cadeiras responsáveis pelo julgamento do *HC* de Maria Prestes, são fatos importantíssimos para alinhar o caminho do desenvolvimento das argumentações dos votos.

Quanto a influência do modo de interpretação do caso concreto, dentro do período estudado, e que nos auxilia na compreensão da fundamentação do Acórdão, caberá a explicação do positivismo sociológico que vê o Direito, não apenas como uma aplicação pura da lei, mas sim, como satisfação social que, para esta ciência nada mais é do que a função natural da aplicação do Direito.

Diante do caso em comento, é preciso aclarar que todo este conjunto de fatores descritos acima, são relevantes ao entendimento do caminho que levou a Corte negar, por maioria dos seus membros o pedido de Maria Prestes. Assim, vamos, por parte entender o período histórico, a relação da Corte com o presidente Getúlio Vargas, a formação dos ministros e a influência da interpretação sociológica.

3. A INTENTONA COMUNISTA

O retorno de Luís Carlos Prestes ao Brasil foi preparado pela Internacional Comunista no final de 1934. O cuidado com o sigilo e a segurança eram questões fundamentais, afinal o retorno do “Cavalheiro da Esperança”, referência ao condutor da coluna Prestes (1924 – 1927), não seria visto com bons olhos pelo governo Vargas.

Diante de uma equipe bem preparada, estrangeiros ligados ao partido comunista viajaram rumo ao Rio de Janeiro. O time era formado por técnico de

radiocomunicação, especialistas em explosivos, sabotagem, assessoria política e financeira. Além deste grupo, havia a importante presença de Olga Benario, partidária do partido comunista com diversas habilidades, que a fez ser a responsável por trazer Prestes pelo caminho menos provável de rastreamento de Moscou ao Brasil. O envolvimento de Prestes e Olga aconteceu em meio aos diversos destinos desenhados para driblar as autoridades de descobrir a volta ao país natal do militar desertor (MORAIS, 1985, p. 53-60).

Não foram apenas Prestes e Olga que vieram ao Brasil, e que tiveram suas identidades, por vezes alterada, a ideia do movimento em Moscou era promover uma verdadeira revolução comunista no país, por isso diversos casais estrangeiros, a serviço do *Comitern* (comando da internacional comunista), viajaram para o mesmo destino: Rio de Janeiro, Olga e Prestes pisaram em solo brasileiro em abril de 1935.

Logo, Prestes assumiria o comando da ANL – Aliança Nacional Libertadora – que tinha por objetivo o combate ao imperialismo, fascismo, aos grandes latifúndios e ao subdesenvolvimento. (MORAIS, 1985, p. 77-81).

Aos poucos o movimento aliancista começou a ficar mais sério, o número de filiados cresceu exponencialmente e não eram apenas de militares descontentes com o governo, mas sim, da classe operária aos intelectuais, a importância da ANL chegou ao ponto de alguns jornais começarem a divulgar as atividades do movimento. Por certo que tal crescimento começou a despertar receio e a atenção do governo Vargas (MORAIS, 1985, p. 85).

Mas a ira de Vargas se manifestou, após a leitura de um manifesto crítico escrito por Prestes em 5 de julho de 1935, “dizia que a luta que se travava no Brasil era entre os libertadores do país, de um lado, e do outro os traidores a serviço do imperialismo” (MORAIS, 1985, p. 86).

Foi o bastante para que Vargas jogasse a ANL a ilegalidade em todo país, por meio da Lei de Segurança Nacional, o movimento passou a funcionar na clandestinidade, mas sempre protegendo a ideia de que Prestes não estaria no Brasil (COSTA, 2001).

O manifesto escrito por Prestes, provocou um desgaste na ANL, alguns acharam inapropriado para o momento, outros queriam logo organizar uma insurreição comunista, o fato é que muitos filiados acabaram rompendo com a aliança.

Em meio a esta discussão, em 23 de novembro de 1935, houve a primeira tentativa de revolução comunista por parte do 21º Batalhão de Natal, que durou 5 (cinco) dias, e que se estendeu por alguns poucos municípios da região. As tropas federais, no entanto, conseguiram retomar o controle da capital e diversas prisões foram realizadas. Outra tentativa de levante militar ocorreu naqueles cinco dias, mas foi rapidamente sufocada, em 24 de novembro, o 29º Batalhão em Recife aderiu ao movimento em nome da ANL, mas a investida levou 48 horas para ser controlada (MORAIS, 1985, p. 94-100).

O último levante seria realizado no Rio de Janeiro e, da mesma maneira, foi controlado em pouquíssimas horas, mas sem dúvida, foi o mais importante. O partido comunista, empolgado com a possibilidade de tomada do poder, convoca a população, por meio de um manifesto a aderir ao movimento; “ É a Revolução Popular pela Libertação Nacional do Brasil que está em marcha, dirigida pela Aliança Nacional Libertadora e seu glorioso chefe Luís Carlos Prestes” (MORAIS, 1985, p. 99). A presença de Prestes no país, é então confirmada.

O que Prestes não esperava era a total ausência de apoio das guarnições militares, a revolta se restringiu ao 3º Regimento de Infantaria, a Escola de Aviação Militar, que logo foi dominada pelo general Eurico Gaspar Dutra. Enquanto isso, Olga (Maria) e Prestes se escondiam em casas discretas em diversos bairros da capital do Rio de Janeiro (VIANA, SILVA, GONÇALVES, 2014).

A Intentona Comunista, assim terminava, com diversas mortes e uma infinidade de pessoas presas, a Casa de Detenção, um presídio enorme no RJ foi o local para onde eram levados os presos políticos.

Em meio à crise, Vargas lidou calmamente com a situação, o presidente teve o apoio de informantes em Londres que o avisaram antecipadamente sobre

os planos comunistas. Na verdade, conforme a descrição na biografia de Olga, o especialista em explosivos que veio ao Brasil auxiliar Prestes na revolução comunista, Paul Gruber, era espião do serviço de inteligência britânico e informou os planos do *Comitern* (MORAIS, 1985, p.113).

O Estado de guerra estava decretado, o governo estava livre para desencadear a repressão, o chefe de polícia, Filinto Müller, usou o poder que Vargas lhe conferiu para caçar, prender e torturar qualquer pessoa considerada subversiva a ordem pública e a segurança do país. Müller, participou do início da caminhada da coluna Prestes, mas segundo relato do CPDOC, acabou rompendo com a coluna e se exilou até a anistia, no Uruguai (BRASIL, 2019).

Ao que tudo indica, pois, as fontes não confessam tal informação, mas Prestes teria expulsado Filinto Müller da coluna, pois este havia furtado dinheiro e armas do levante, por isso a caçada e a prisão de Prestes e Olga na madrugada de 5 de março de 1936, e a posterior expulsão de Olga (Maria Prestes) seria considerada uma vingança de Vargas e Filinto (MORAIS, 1985, p. 195 – 197).

Desde o início do governo provisório, Getúlio Vargas demonstrou interesse em interferir não só nos Poderes Executivo e Legislativo, mas também no Judiciário. Diante de uma série de decretos no começo de 1930, o Poder do Judiciário e algumas disposições sobre a carreira da magistratura, sofreram alterações cruciais.

4. OS MINISTROS DO STF – CORTE SUPREMA E VARGAS

A intervenção no Supremo Tribunal Federal, pelo governo Vargas, foi sentida logo no primeiro decreto n. 19.398, que dispunha das atribuições do governo provisório em 1930, se o poder executivo dos Estados seria substituído pelos interventores, e a dissolução do congresso nacional e das assembleias

estaduais e municipais foram, igualmente previstas, o poder judiciário não ficaria ileso a interferências (BRASIL, 1930).

As garantias constitucionais foram suspensas, o *habeas corpus* só poderia ser impetrado para crimes comuns, havia a previsão da formação de um tribunal especial para o processamento e julgamento de crimes políticos, e ainda, a determinação de que estava excluída a apreciação judicial para os atos do Governo Provisório, e dos interventores federais, quando praticados na legalidade do decreto ou de suas modificações posteriores (BRASIL, 1930).

E não parou por aí, em fevereiro do mesmo ano, outro decreto – n. 19.656, reduziu o número de ministros de 15 (quinze) para 11 (onze). Mas talvez, o fato mais impressionante foi a decretação da aposentadoria compulsória de 6 (seis) ministros em 18 de fevereiro de 1931: Godofredo Cunha, Muniz Barreto, Pedro Mibieli, Pires e Albuquerque, Geminiano da Franca e Pedro dos Santos (COSTA, 2001, p. 66).

A versão que prevalece para a decisão tomada, é que os militares que apoiaram Vargas queriam vingança contra os ministros do STF, por não ter aceitado os embargos de declaração, contra a pronúncia dos crimes dos militares que participaram dos levantes na época do tenentismo – 1922 a 1924. Vargas, deu outra explicação: alegou incompatibilidade dos ministros com as funções “por motivo de moléstia, idade avançada, ou outros de natureza relevante” (COSTA, 2001, p. 59; 64-67).

No período de sua permanência como chefe do executivo, Getúlio Vargas nomeou 22 (vinte e dois) ministros, e em junho de 1936, data do recebimento do *habeas corpus* de Maria Prestes a corte já estava praticamente reformulada, restando apenas três remanescentes nomeados por governos anteriores: Edmundo Lins, Hermenegildo de Barros e Bento de Faria (BRASIL, 1936).

Interessante relatar que dois ministros indicados por Vargas, e que votaram no *HC* de Maria Prestes, foram interventores de Estado durante o governo provisório de 1930, Plínio Casado no Rio de Janeiro e Laudo de Camargo em São Paulo, ser interventor era auxiliar o fortalecimento dos ideais do governo Vargas.

Mas, talvez apenas a indicação por parte do presidente da República, não significava afirmar que o nomeado apresentaria as concepções políticas, sociais e econômicas alinhadas ao Poder Executivo, até porque a imparcialidade é um princípio constitucional, já a neutralidade não é possível afirmar o mesmo.

A fim de entender o posicionamento dos ministros no caso concreto em análise, é importante, também estudar a formação acadêmica, a vida profissional pregressa, e a influência do método de interpretação, só assim será possível estabelecer um conjunto de elementos que condicionam a maneira de fundamentar o voto.

5. ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO

A maioria da composição dos ministros que analisou o *HC* de Maria Prestes, estudou na Faculdade de Direito de São Paulo e mais, a formação acadêmica aconteceu em datas muito próximas (1886-1902): Edmundo Lins, Hermenegildo de Barros, Plínio Casado, Carvalho Mourão, Laudo de Camargo, Costa Manso e Ataúlho de Paiva, ou seja, sete magistrados estudaram na mesma instituição.

O cientista social da USP, Frederico Normanha Almeida, em sua tese sob o título “A Nobreza Togada”, identificou algumas características da formação dos magistrados que estudaram na Faculdade de Direito de São Paulo.

Importante lembrar que no Brasil imperial, havia apenas duas faculdades de Direito, nas cidades de Recife e São Paulo, estas foram as responsáveis pela formação das primeiras elites políticas e burocráticas no país, afinal cursar uma faculdade era apenas para os filhos das famílias mais abastadas. No período da República Velha até o início de 1930, o aumento da procura marcou o surgimento de onze cursos de Direito (ALMEIDA, 2017).

O ensino científico não muito profundo, aliado aos estudantes que não eram muito assíduos aos bancos da faculdade, mas que gostavam de participar dos movimentos políticos, ilustravam que o objetivo da formação era a

possibilidade de o acadêmico atuar profissionalmente na área administrativa e política do governo. (ADORNO, 1988).

Assim verificou Neder, que o ensino acadêmico de São Paulo, se alinhava aos interesses políticos, econômicos e sociais que justamente, propiciavam a sua manutenção, a fim de formar lideranças que corroborassem com a ideologia política do pensamento de quem ascendia ao poder, “um ensino conservador, de uma universidade burocratizada apoiado pelo regime autoritário” (NEDER, 1995, p. 105-106).

Se a formação acadêmica da composição que julgou os Autos de Maria Prestes, foi próxima, tal fato pode alertar para a ideia de que ao menos as influências políticas, ideológicas e sociais foram semelhantes aos graduandos das “Arcadas”. (ALMEIDA, 2017). A graduação é um passo importante na formação dos magistrados e toda gama de influências recebidas levam a um perfil de sujeição ao pensamento ideológico dos órgãos institucionais. Além disso, a atuação profissional dos ministros, antes de atuar no Supremo Tribunal Federal – Corte Suprema, também é uma característica importante na maneira de enxergar a interpretação do caso.

6. ATIVIDADE PROFISSIONAL PREGRESSA DOS MINISTROS

Muitos ministros que foram nomeados no período Vargas, eram em sua maioria juízes de carreira, mas é bom lembrar que a passagem da magistratura imperial, incluía além das funções judiciais, a atividade no Ministério Público e na polícia, ou seja, um currículo bastante versátil proporcionado em uma só carreira. Inclusive, esta foi a característica não só dos ministros da República Velha, como também dos indicados ao STF durante o governo de 1930, até o Estado Novo (ALMEIDA, 2017).

Os ministros que exerceram a magistratura durante boa parte de sua vida profissional, antes de assumir a cadeira no Supremo – Ataulpho de Paiva, Costa Manso, Octávio Kelly, Edmundo Lins e Hermenegildo de Barros –

desenvolveram uma fundamentação, no *habeas corpus* de Maria Prestes, quer seja aqueles que conheceram do pedido, ou que justificaram a não apreciação – amparada principalmente para as questões sociais que o período passava, estado de guerra, insurreições frustradas, possibilidade de mudança no pensamento político majoritário, justificativas condizentes com o momento histórico-político, do que propriamente a aplicação simples da lei seca, característica claramente observada da influência da interpretação sociológica (BARROS, 1995).

Por outro lado, em análise do currículo disponível no site do STF, os ministros: Laudo de Camargo, Carlos Maximiliano e Plínio Casado, exercitaram a função política por um bom tempo antes da nomeação. Como já mencionamos, Laudo de Camargo foi interventor no Rio de Janeiro, enquanto Plínio Casado exerceu da mesma forma, a função em São Paulo. Ser interventor era assumir o papel dos governadores que foram depostos com a revolução de 1930, e mais do que isso, ajudar no fortalecimento do governo provisório de Vargas. De certa forma, indicar um interventor à posição mais alta do Poder Judiciário mostra uma proximidade entre os anseios do poder político e a atuação judicial (BRASIL, 2019).

Os membros do Ministério Público, tal como o ministro Eduardo Espínola, tinha como característica principal a tendência ao conservadorismo, isso foi exemplificado na análise do voto, vez que embora tenha conhecido do pedido, negou o mérito suscintamente, por afetar a segurança nacional.

Ainda, sobre os ministros que exerceram a advocacia, Bento de Faria e Carvalho Mourão, apresentam a tendência em ser mais “garantistas” e a defender os direitos individuais. Embora o voto do relator, Bento de Faria não esteja disponível no Acórdão, o de Carvalho Mourão, chamou a atenção por dois aspectos: o primeiro é que foi o voto mais longo, e o segundo, que corrobora com o primeiro, é que a questão da proteção ao nascituro foi extensamente fundamentada, no entanto, o HC foi indeferido (ABAL, 2017).

Mas a formação acadêmica, bem como as características principais das atividades exercidas pelos ministros anteriores a nomeação a Corte Suprema, são apenas indicações da formação do pensamento ideológico que auxiliaram

na formação das suas decisões. Certo é que nos anos 30, a influência maior para a fundamentação das decisões era baseada na interpretação do Positivismo Sociológico – do Direito Vivo de Eugen Erlich, que via que o Direito deveria se amoldar as diferentes formas de sociedade e não ser apenas estático, com uma lógica pronta de aplicação de normas.

7. O POSITIVISMO SOCIOLOGICO – EUGEN EHRlich

O Positivismo sociológico foi a influência, do período aqui estudado, na maneira de interpretar o caso concreto pelos ministros da Corte Suprema. Já no início do século XX, a obra de Eugen Ehrlich, “Fundamentos da Sociologia do Direito”, preconizava a existência de um Direito baseado nas ações humanas, justamente uma crítica a aplicação simples e pura da norma. Tal influência foi verificada a partir da fundamentação dos votos, principalmente nas argumentações que salientavam a preservação dos anseios dominantes – ordem pública e segurança nacional.

Mas antes de entrar na teoria do Direito Vivo de Ehrlich, importante entender que a sociologia, como disciplina científica se deu por meio do estudo do objeto “fato social”, pesquisado por Émile Durkheim, “os fatos sociais existem fora das consciências individuais, sendo-lhes exteriores e antecedendo-as” (DURKHEIM, 2012, p.25).

O substrato do fato social é a própria sociedade, como todos os fenômenos que se dão no âmbito das relações sociais – ainda que não ofereçam qualquer interesse social – “são maneiras de agir, pensar e sentir exteriores ao indivíduo e que, são dotadas de um “poder de coerção em virtude do qual se impõe a ele (DURKHEIM, 2012, p. 27).

O fato social é identificado pelo poder de coerção externa que exerce ou que é capaz de exercer sobre os indivíduos. A presença dessa força, ou deste poder é constatada quer seja pela existência de uma sanção determinada, quer

seja pela resistência que o fato opõe a qualquer empreendimento individual que tende a ele fazer violência (CASTRO, 2014).

Quando se pretende estudar como uma sociedade é dividida politicamente, a melhor maneira é iniciar a pesquisa pelo Direito Público, no qual prevalece o direito coletivo, pois é esse que determina a sociedade, assim como as nossas relações domésticas e cívicas. “A estrutura política de uma sociedade é apenas, a maneira como os diferentes segmentos que a compõem adquiriram o hábito de conviver” (CASTRO, 2014, p.33).

A norma jurídica deve ser estudada a partir do contexto do fato social, a realidade para a qual ela foi elaborada. A proposta do positivismo sociológico desenvolvido por Ehrlich, representa um importante instrumento de análise da raiz social que deve ensejar todo o desenvolvimento do Direito.

O estudo do Direito não é apenas voltado para a aplicação do conjunto de normas que são provenientes da vontade do Estado e descritas em códigos e leis especiais, mas também a importância das normas jurídicas criadas em razão da realidade social, normas que apesar de não estarem codificadas, representam as relações sociais. (BARROS, 1995)

A importância da formulação livre do Direito, não significa dizer que o juiz deve decidir conforme seu livre arbítrio, mas que ao se deparar com o caso, cabe ao magistrado não só a aplicação da lei, como também se voltar a realidade que está a sua volta, uma vez que é na realidade social que as relações acontecem e que nas quais, o Direito deveria depositar a sua essência.

Não há desprezo ao direito positivo, apenas acredita Ehrlich, que as normas serão sempre ultrapassadas a realidade social, a evolução legal caminha ao lado da evolução social, o *Direito é Vivo*, os homens e suas relações se modificam em decorrência do tempo, desta maneira a própria palavra escrita de uma lei, tende a não corresponder com o mesmo significado quando foi redigida, pois os conceitos se alteram, a sociedade se transforma e o Direito não pode ser estático (BARROS, 1985).

O Direito Vivo, não está prescrito, mas domina a vida, para conhecer suas fontes basta a observação direta e diária das organizações sociais, dos usos e costumes e também dos chamados, por Ehrlich, documentos modernos:

“A principal fonte para o conhecimento do Direito Vivo em nossa época se dúvida é o moderno documento legal: a sentença judiciária. Isto, porém, dificilmente dá no sentido como ele aqui é empregado; não se trata como testemunho do Direito Vivo, mas como parte da bibliografia jurídica que não é examinada quanto à verdade das relações jurídicas ali descritas e ao Direito Vivo daí decorrente, mas quanto à correção da interpretação das leis e construções jurídicas nela contida” (EHRlich, 1986, p. 378).

A ideia do Direito Vivo concebida na Europa, teve consequências aqui no Brasil, nas décadas de 20 e 30. O sociólogo jurídico Renato Treves, sintetizou o pensamento de Ehrlich:

“A maior parte do Direito tem sua origem imediata na sociedade enquanto é ordenamento interno das relações sociais, no matrimônio, da família e das corporações, da posse, dos contratos, da sucessão, e nunca se tem visto reduzido a normas jurídicas” (TREVES, 1978, p. 60).

O exercício da função política por parte dos magistrados, especificamente no caso do *habeas corpus* de Maria Prestes, foi a manifestação da impossibilidade de admitir uma atuação apenas intelectual dos ministros, mas sim promover os interesses dominantes da sociedade. Justamente, Eugen Ehrlich afirmava ser necessário afastar-se da aplicação pura da lei ao caso, sempre que o resultado fosse injusto. Porém, a ideia não era a de uma decisão puramente subjetiva, pois o juiz não deveria se valer de suas concepções individuais, mas sim, buscar a satisfação dos interesses sociais (BARROS, 1985).

A corrente do direito vivo caminhava em direção oposta ao formalismo da metodologia hermenêutica tradicional – e na possibilidade de uma aplicação lógica do direito (silogismos), onde cada caso possui uma decisão pronta – ao contrário, em vez de promover decisões formalmente adequadas as normas, o direito vivo permite exigir decisões materialmente adequadas, o que significa dizer, alinhadas aos padrões de justiça dominantes das necessidades sociais.

As necessidades sociais e que foram observadas quando da decisão de negar o pedido de Maria Prestes, era a efetiva garantia da ordem vigente, que caminhava no mesmo sentido proposto pelas instituições dominantes. Assim foi verificada, quando oito dos ministros reiteradamente se manifestaram nas fundamentações acerca da prevalência da ordem pública e da segurança nacional, pressupostos que prevaleciam na manutenção da ordem e dos anseios dominantes.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise da fundamentação dos votos dos Ministros da Corte Suprema que negaram o pedido de *habeas corpus* de Maria Prestes, de fato não foi uma tarefa fácil. Mas o objetivo deste trabalho foi desenvolver um conjunto de pressupostos que pudessem aclarar as argumentações descritas pelos Ministros da Corte que proferiram os votos no Acórdão aqui apreciado, pois mesmo não sendo o pedido conhecido pela maioria da Corte, todos os membros, ainda que de maneira sucinta, se manifestaram sobre o não conhecimento ou a negativa quanto o mérito.

Para isso e, observando que as fundamentações caminhavam alinhadas, foi necessário buscar por meio das fontes disponíveis, os substratos para o entendimento da negação ao pedido específico, aqui estudado.

Assim, procuramos objetivamente entender os pedidos do *HC* feitos pelo impetrante de Maria Prestes (gravidez, direito de nacionalidade ao nascituro, direito a ser processada e julgada aqui no país), ou seja, todos no sentido de manter a Paciente no Brasil e desta forma, evitar a sua expulsão.

Depois, descrevemos as razões de cada um dos Ministros da Corte para negar o conhecimento e o mérito. A maioria votou pela manutenção da ordem pública, da segurança nacional, e também que se tratava de um caso que envolvia o Direito Internacional.

A fim de poder destacar os fatores que tiveram influência sobre o processo decisório, contextualizamos o período histórico-político – a intentona comunista, a decretação do Estado de Guerra, as prisões de Prestes e Olga Benario (Maria Prestes).

Em seguida, descrevemos a relação de influência mútua entre o governo de Vargas e os ministros indicados por ele à Corte Suprema. Desde o início do governo provisório, em 1930, Getúlio Vargas manifestou, por meio de decretos, a intervenção no Poder Judiciário, subtraindo, inclusive atribuições da Corte. Para aprofundar a pesquisa, analisamos a importância que a formação da Escola de Direito de São Paulo, trouxe a carreira dos sete ministros que estudaram nas Arcadas, destinada a formar líderes para atuar na área administrativa e política do governo.

A função exercida antes de assumir uma cadeira na Corte, da mesma forma foi relevante ao estudo proposto, uma vez que a atividade profissional de cada ministro, trouxe características peculiares no modo de fundamentar a decisão. A magistratura ensejou uma argumentação alinhada principalmente para as questões sociais que o período passava. A atuação no Ministério Público levou ao entendimento do caso voltado ao conservadorismo, já uma vida política proporcionou um raciocínio voltado para corroborar com os anseios da elite dominante – dois Ministros foram interventores de Vargas –. Ainda, os advogados de carreira, trouxeram nos votos a manifestação de preservar os direitos fundamentais.

Por fim, estudamos como a influência do positivismo sociológico foi importante no método de interpretação do caso estudado. Coube a cada ministro, além de aplicar a lei, se voltar a realidade social existente, uma vez que o Direito não pode ser estático. O Positivismo Sociológico, aliado aos demais fatores anteriormente citados, levam a um possível entendimento de que a decisão da Corte Suprema no *HC* n. 26.155, estava ordenada ao pensamento preponderante dominante do Governo Vargas e, da própria garantia de proteção do poder judiciário.

9. REFERÊNCIAS

ABAL, Felipe Cittolin. **Getúlio Vargas e o Supremo Tribunal Federal: uma análise do habeas corpus de Olga Prestes**. 2017. Antíteses. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/antiteses/article/viewFile/28427/23131> > Acesso em: 19 jan. 2019.

ADORNO, Sérgio. **Os aprendizes do poder**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

ALMEIDA, Frederico Normanha Ribeiro de. **A nobreza togada**. São Paulo. 2017. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-08102010-143600/pt-br.php> > Acesso em: 19 jan. 2019.

BARROS, Wellington Pacheco. **A interpretação Sociológica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

BRASIL. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. LEI Nº 3.071, DE 1º DE JANEIRO DE 1916. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071impressao.htm > Acesso em: 15 jan. 2019.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, 16 de julho de 1934. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm >. Acesso em: 11 jan. 2019.

BRASIL. Decreto nº 702, de 21 de março de 1936. Declara pelo prazo de noventa dias, equiparada ao estado de guerra, a comoção intestina grave, em todo o território nacional. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-702-21-marco-1936-472177-publicacaooriginal-1-pe.html> >. Acesso em: 10 jan. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 26.155. Maria Prestes. Jun. 1936. <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico/anexo/HC26.155MariaPrestesOlgaBenrio.pdf> >. Acesso em: 8 Jan. 2019

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Composição dos Ministros. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/composicaoPlenaria/composicaoPlenaria.asp?id=870> >. Acesso em: 11 jan. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ministros. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/ministro/ministro.asp?periodo=stf&tipo=alfabetico> >. Acesso em: 8 jan. 2019.

CASTRO, Celso. **Textos básicos de sociologia**. 1. Ed. – Rio de Janeiro: Zahar, 2014.

COSTA, Emília Viotti. STF: **O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania**. 1. ed. São Paulo: UNESP, 2001.



CPDOC. Filinto Müller. Biografia. Disponível em: <http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-biografico/muller-filinto> >
Acesso em: 18 jan. 2019.

DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**; tradução de Waler Sollon. – São Paulo: Edipro, 2012.

EHRlich, Eugen. **Fundamentos da Sociologia do Direito**. Tradução brasileira de Grundlegung der Soziologie Des Rtchs. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1986.

MORAIS, Fernando. **Olga**. São Paulo: Companhia das Letras, 1985.

NEDER, Gizlene. **Discurso jurídico e ordem burguesa no Brasil**. Porto Alegre: Sergio Adorno Fabries Editor, 1995.

PRESTES, Luís Carlos. **Manifesto da Aliança Nacional Libertadora**. 1935. Disponível em: <https://www.marxists.org/portugues/prestes/1935/07/05.htm> .
Acesso em: 11 jan. 2019.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico**. Curitiba: Juruá, 2014.

TREVES, Renato. **Introducción a la Sociología del Derecho. Tradução espanhola de Introducione ala Sociología del Diritto**. Madrid, Espanha: Taurus Ediciones S/A, 1978.

VIANNA, M.; SILVA, E.; GONÇALVES, L. **Presos Políticos e perseguidos na Era Vargas**. 1.ed. – Rio de Janeiro: Mauad X: Faperj, 2014.

A ESPERANÇA DA TRANSFORMAÇÃO: OS NUMEROS SERÃO OS FINS OU OS MEIOS PARA O DIREITO?

Carla Juliana Tortato¹

RESUMO

Este trabalho pretende analisar os reflexos e importâncias da pesquisa empírica no Direito e para o Direito. Analisar se ela pode se bastar em si, e por assim dizer, ser compreendida desta maneira, ou se é necessário também avaliar as questões subjetivas que esse tipo de assunto, e abordagem de estudo, podem implicar. Destaca-se a importância deste objetivo, principalmente no período atual social, o qual se funda em meios basicamente eletrônicos, a salientar o crescente uso de inteligência artificial cada vez mais usual em todos os universos sociais.

Palavras-Chaves: *Direito; Pesquisa Empírica; Segurança Jurídica.*

INTRODUÇÃO

A sociedade busca no momento recente, uma parte da história do passado brasileira que contenha elementos suficientes para projetar o que ela será ou almejará ser futuro, o que de fato e certamente não assegura, efetivamente, que ela alcançará o que projetou.

Desse modo é a projeção futura é que move a sociedade na sua continuidade de organização e sobrevivência diante da experiência já vivida e a experiência almejada. Um grande desafio é dar conta destes tantos ritmos de configuração e de transformação da realidade que se processam simultaneamente.

É nessa perspectiva que se almeja analisar o Direito e a pesquisa empírica no e para o Direito, pois para se alterar, criar ou excluir uma legislação necessita-se de um vasto caminho burocrático para se conseguir, o que por muitas vezes causa uma segurança jurídica, no entanto, pode ocorrer em detrimento da evolução social, cultural e tecnológica da sociedade brasileira.

¹ Mestranda em Direito, com ênfase em Poder, Estado e Jurisdição, pela UNINTER. Especialista em Direito e Processo Penal pela Academia Brasileira de Direito Constitucional - ABDCONST (2016). Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2010). Advogada Criminal.

Neste paradoxo, e principalmente com a noção de tempo cada vez mais dinâmica, salienta-se a necessidade de se buscar recursos com o intuito de se aprimorar o conceito e aplicação dos velhos, novos e futuros institutos jurídicos, e a pesquisa empírica pode vir a somar significativamente nas mais diversas áreas de estudo, inclusive na área jurídica.

Após esta introdução, e para melhor compreensão do tema, a seção seguinte abordará a pesquisa empírica dentro do universo jurídico. Em seguida, discorrerá sobre a indução como um problema em Karl Popper. Por fim, tratará sobre se podemos traduzir o discurso jurídico em números, seguindo-se as considerações finais.

1. A pesquisa empírica dentro no universo jurídico

1.1 A compreensão da pesquisa jurídica relacionada ao entendimento dos quatro momentos das relações sociais em Alexandre Veronese

A análise do Direito como objeto de pesquisa empírica é algo recente e pouco explorado na formação acadêmica nas faculdades de Direito Brasileiras.

A normalidade, durante a formação acadêmica, é observar a transmissão da ideia de um Direito positivista, dogmático e formalista, cuja perspectiva tende a desconsiderar os estudos empíricos realizados, especialmente, pelas ciências sociais, as quais podem estabelecer uma ponte de ligação extremamente necessária em virtude do Direito estar integralmente e constantemente imerso num determinado contexto social, econômico, político e cultural.

Segundo Alexandre Veronese, quando se pensa em modernidade e ciência, logo vem a tona a antiga utopia de que a produção científica ofereceria teorias e engenhos para o conhecimento, e para o posterior controle do mundo social. Na transposição para o plano jurídico, esta diz respeito à possibilidade de um conhecimento sobre o que é o direito, como ele pode ser compreendido e como ele pode produzir referências seguras para as ações. Assim, e conforme o

referido autor, pode-se entender a pesquisa jurídica relacionada ao entendimento de quatro momentos das relações sociais.²

No primeiro observa-se o momento da compreensão, onde há o debate sobre os pressupostos da própria noção de normatividade, no qual se busca compreender o significado intrínseco da validade do direito e seu conceito abstrato em relação à vida e valores sociais. Por exemplo, a tentativa de uma compreensão positivista de Hans Kelsen que nos oferece uma leitura onde a normatividade possui uma concretude intrínseca com uma ausência de investigação sobre sua origem ou sua relação com e para a vida social.

Num segundo momento pode abranger a compreensão jurídica que é relacionada com o primeiro momento. Ele diz respeito à determinação da organização normativa, localmente compreendida. Deste modo, e nas palavras de Veronese³ *“existe um óbvio pressuposto, derivado do primeiro momento, consoante o qual deve ser definido o que, em termos abstratos, pode ser considerado como norma jurídica vigentes em um espaço e tempo específicos”*.

Neste momento importante frisar que a necessidade permanente de compreender o sistema jurídico a luz da sua respectiva sociedade, e não apenas a partir dos órgãos estatais, a fim de que não se reduza o direito a legislação, tão somente.

O terceiro momento da compreensão jurídica é conhecido como a interpretação do direito, ou seja, como o direito é abstratamente interpretado.

O segundo e o terceiro momento são usualmente relacionadas nos estudos jurídicos nos campos da Filosofia do Direito e Teoria do Direito, respectivamente.

O quarto momento se refere à análise social e econômica do direito, onde se realiza um questionamento central de como a normatividade é apropriada socialmente. Neste ponto, ressalta-se que existem poucos estudos


² VERONESE, Alexandre. **Considerações sobre o Problema da Pesquisa Empírica e sua Baixa Integração na Área do Direito: a tentativa de uma perspectiva brasileira a partir da avaliação dos cursos de Pós-Graduação do Rio de Janeiro.** Revista ESAP-MS – Escola Superior de Advocacia Pública. Mato Grosso do Sul, v. 14, 2013. Pg. 204.

³ VERONESE, Alexandre. **Considerações sobre o Problema da Pesquisa Empírica e sua Baixa Integração na Área do Direito: a tentativa de uma perspectiva brasileira a partir da avaliação dos cursos de Pós-Graduação do Rio de Janeiro.** Revista ESAP-MS – Escola Superior de Advocacia Pública. Mato Grosso do Sul, v. 14, 2013. p. 206.

para a compreensão da apropriação social do direito, pois muito do que é atribuído ao campo de sociologia do direito, corresponde à filosofia social ou política; e reside distanciado entre a primeira e a terceira etapa.

O atributo principal sobre a adequação social do direito é o intenso lastro em pesquisas empíricas, ou seja, almeja-se com os resultados analíticos sobre de que forma a normatividade jurídica existente é interpretada e aplicada numa determinada forma.

A figura abaixo sintetiza esses quatros momentos da análise do direito, no que se refere ao trabalho de pesquisa jurídica⁴:

Mais empírico  Menos empírico	Consequências	“como é aplicado o direito?”	Ciências empíricas
	Interpretação	“Como analisar o direito?”	Hermenêutica
	Descrição	“Como estão organizadas as normas?”	(a) Dogmática; e (b) ciências empíricas
	Pressupostos	“O que é direito?”	Epistemologia

Exposto os quatros momentos da compreensão jurídica abordada por Veronese, se faz necessário analisar o campo das pesquisas empíricas, as quais devem estar adstritas simultaneamente com a descrição dos sistemas jurídicos vigentes com o intuito e perspectiva de intensificar, adscrever ou renovar o campo da produção doutrinária.

1.2 A compreensão da pesquisa empírica relacionada ao entendimento da pesquisa jurídica frente as relações sociais.

⁴ *Ibid.* p. 208.

Uma ideal interpretação empírica se é necessária a fim de colaborar e somar o conhecimento doutrinário, principalmente, no que diz respeito a noção de tempo social, que cada vez mais se passa despercebido frente as mudanças no interior de uma determinada sociedade.

Na atualidade perpassa, nos distintos campos das ciências humanas, existe uma certa dificuldade em encontrar um novo parâmetro de “novas verdades” diante da crise de fundamentos sociais atuais.

São tantas as verdades teológicas, metafísicas e racionais que sustentaram durante séculos as formas de saber predominantes não alcançam mais respostas às inquietações e necessidades do presente estágio de desenvolvimento da modernidade. Sendo assim, em alguns aspectos acabam por se tornar insatisfatórios e limitadas, gerando uma crescente descrença pela sociedade nos modelos atuais, principalmente, no que se refere ao sistema jurídico atual.

O que de fato acaba por originar novos espaços de se repensar padrões alternativos de fundamentação jurídica, com renovação de paradigmas instaurados no contexto social no século passado, no qual a noção de tempo era muito mais lenta do que a noção de tempo do atual século.

Referente a permanente alteração social, como menciona José Eduardo Faria⁵:

“À medida que a sociedade é vista como um sistema necessariamente conflituoso, tenso e em permanente transformação, toda e qualquer análise passa a ser considerada válida apenas se for capaz de identificar os fatores de mudança responsáveis pela contínua inadequação dos modelos culturais tradicionais – entre eles, o Direito.”

A crise da sociedade moderna brasileira decorre, em grande parte, do pensamento linear da racionalidade instrumental positivada, a qual ao longo do tempo, e principalmente no século atual, acaba por coisificar o homem, e ao invés de o libertar, o aliena demasiadamente. Isso se acentua, drasticamente, ao senso comum, o qual é conduzido pela “verdade” midiática.

Isso sem adentrar ao mérito de que por muitas vezes se nota exposição de documentos investigativos na mídia, o quais podem se tornar

⁵ WOLKMER, Antônio Carlos. **Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico Moderno**. 2015. 9ª ed. Saraiva: São Paulo, pg.26. *Apud*, FARIA, José Eduardo. *A Crise do Direito numa Sociedade em Mudança*. 1988. Ed. Universidade de Brasília: Brasília, p. 24.

instrumentos de manipulação ou induzimento do intelecto do senso comum antes serem anexados ao processo para ciência das partes, devidamente.

Observa-se que a reconstrução de paradigmas tão somente doutrinários é algo lento e muitas vezes custoso a sociedade, por conseguinte, vão nascendo novos modos de pensar, ou seja, a reconstrução de novos paradigmas fundados também em contradiscursos balizados, além da doutrina, em pesquisas empíricas nos meios sociais, políticos, educacionais e culturais.

Talvez tenha sido “a deixa” da pesquisa empírica se infiltrar também no meio jurídico, haja vista que seus resultados podem oferecer uma notável celeridade: dar a resposta de como aquele ou esse direito está sendo aplicado e interpretado, tanto pela comunidade social, como pela comunidade jurídica, acentuando os seus reflexos atuais e naturais.

Nos últimos anos houve um interesse maior em pesquisas empíricas no direito, ou seja, pelo estudo do fenômeno jurídico de forma empírica com o objetivo de observar a efetividade da lei, a eficácia das instituições jurídicas, e a garantia de respeito aos direitos de todos os cidadãos brasileiros.

E, de forma singular, nota-se que esse surgimento, ocorre com o fim de promover a difusão e capacitação em técnicas de pesquisa empírica no direito, o que não deve ser desconsiderado pelos atuais e porvindouros juristas brasileiros, pois pode apresentar uma forma mais célere ou adequada de compatibilizar todo o ordenamento jurídico frente a evolução tecnológica e social nacional.

2. A indução como um problema em Karl Popper

É importante destacar que a consciência do pesquisador deve-se estar atenta não cair na armadilha do objeto pré-selecionado, o que de fato não é uma tarefa fácil, na medida em que se selecionou aquele objeto por alguma razão subjetiva do mesmo, e por muitas vezes, esse elemento subjetivo pode até ser desconhecido pelo próprio perscrutador.

Todavia construir um objeto de pesquisa, é antes de mais nada, romper inteiramente com todos os preconceitos daquele tema, e, principalmente, com o senso comum.

No campo das ciências empíricas, o cientista formula hipóteses ou sistemas de teorias, e submete-os a teste, confrontando-os com a experiência através de recursos de observações e experimentação.⁶

O raciocínio indutivo nas ciências humanas não é muito aceitável, em razão de que, e conforme afirma Karl Popper, a ciência possui a característica de ser aproximativa, transitória, probabilística e provisória.

Temos em Popper o “falsificacionismo”⁷: segundo esse paradigma epistemológico somente uma falsidade de uma teoria pode ser provada, já a sua veracidade absoluta não é passível de comprovação, pois não existe verdade absoluta na ciência.

Desta forma, o papel do cientista seria o de buscar a falsidade de suas teorias, e estar mais preocupado não com a justificação de sua teoria, mas sim com suas possíveis maneiras de refutá-las a partir de sua experiência e seus estudos sobre aquele objeto.

Se não podemos provar que uma teoria é verdadeira, podemos provar que ela é falsa, e quando a teoria resiste as suas falseabilidades, ela passa a ser, então, corroborada.

Foi através do falsificacionismo que Karl Popper criticou o indutivismo e construiu o método hipotético dedutivo, porquanto nenhuma teoria pode ser verificada empiricamente tendo em vista que logicamente não é possível concluir que as assertivas particulares podem simbolizar ou representar uma assertiva universal, por mais numerosas que possam ser as assertivas constatadas de forma particular (independentes também da quantidade e qualidade de variáveis, as quais são extremamente importante para os indutivistas).

Ressalta-se que todos as assertivas dos indutivistas não são conclusivas, e sim probabilísticas, e para Popper, pois a próxima assertiva particular pode falsificar todos os particulares anteriores, mesmo se os particulares anteriores tiverem uma grande quantidade sobre uma ampla variedade de fatores.

O método hipotético dedutivo possui 4 (quatro) etapas:

- a) a definição de um problema, no lugar da observação do método experimental indutivo;

⁶ POPPER, Karl R. **A Lógica da Pesquisa Científica**. 2ª edição. São Paulo: Cultrix, 2013, p. 01.

⁷ *Ibid.* p. 27-44.

- b) o levantamento de hipóteses que devem ser falsificáveis (diferente das hipóteses do método indutivistas, as quais não devem ser falsificáveis);
- c) a experimentação e a elaboração das críticas intersubjetivas, a qual busca refutar a hipótese da segunda etapa;
- d) Seria a “lei corroborada”⁸, pois se na etapa terceira o cientista não conseguir falsificar a hipótese da segunda etapa, ele teria a lei corroborada: uma científica transitória, probabilística, aproximativa e provisória.

Neste contexto o valor da ciência não se encontra na comprovação do valor experimental das teorias científicas por meio do acúmulo de proposições singulares que confirmem a hipótese, e sim na possibilidade de provas experimentais poderem falsear os seus enunciados científicos.

Nesta perspectiva Karl Popper desenvolveu o método hipotético dedutivo, visando afastar o caráter indutivo, o qual pode ser tendencioso, embora não consciente do cientista, e por essa razão se ressalta a importância de que verdade absolutas ou verdades eternas não existem, e sim existem verdade que duram um determinado tempo, as quais, possivelmente, em outro tempo e sociedade poderão ser integralmente rejeitas, ou adaptadas dependendo do contexto a ser inserida.

3. Podemos traduzir o discurso jurídico em números?

Traduzir o discurso em números não parece a saída mais apropriada para resolver embates jurídicos causadores de divergências doutrinárias, mas é de se salutar que os números podem representar um ponto que não deve ser deixado de lado pelos profissionais do direito.

Um discurso jurídico é muito mais amplo que uma representação numérica, pois deve ser contextualizado num modo, local e tempo específico daquela sociedade, bem como os fatores externos e internos daquele indivíduo

⁸ POPPER, Karl R. **A Lógica da Pesquisa Científica**. 2ª edição. São Paulo: Cultrix, 2013.

que está na condição de ouvinte. Esses fatores também podem ser determinantes para se auferir a validade daquele numero resultado de uma pesquisa empírica, por exemplo.

Seguindo no exemplo da pesquisa empírica, a qual reunira dados coletados pelo pesquisador que investiga uma determinada aplicação de uma legislação, insta salientar que esses dados podem representar pistas do que está efetivamente acontecendo, em como aquela norma está sendo aplicada e interpretada, tanto pelos profissionais do direito, como pela sociedade que também fica a mercê daquele direito posto.

Os métodos empíricos podem contribuir significante para os debates doutrinários, com suas assertivas numéricas.

Pode-se citar aqui a ciência política, sociologia, a biologia, a economia (econometria), etc., almejando amplitude em seus campos de conhecimento, então, questiona-se: por qual razão o direito também não pode se valer desses conhecimentos?

Nota-se que não se deve fazer é um aprisionamento da teoria jurídica, mas deve-se ressaltar que assim como muitas técnicas qualitativas, as quais podem enfrentar desafios em suas possibilidades de generalizações em suas validações, para tanto se exige humildade do antropólogo ou do cientista para entender que os sujeitos de estudo são também atores sociais e muitas vezes pesquisadores, pois não é mais possível e aceitável um autoritarismo científico. Se faz necessário que o pesquisador jurídico e social também se relacione com outras formas do saber e com as pessoas - seres humanos – com quem se estuda.

Desta forma, reconhece-se a impossibilidade de se traduzir o discurso jurídico em números, no entanto, ressalta-se a importância que os números podem significar na evolução doutrinária e social, e jamais devem ser rechaçadas pelos profissionais do direito.

CONCLUSÃO

Observa-se que o Direito e sua realidade se alteram minimamente e gradativamente em relação ao tempo, mas a sociedade muda constantemente.

E, para se alterar, criar ou excluir uma legislação necessita-se de um longo caminho burocrático, o que por muitas vezes causa uma segurança jurídica, no entanto, tudo isso pode ocorrer em detrimento da evolução social, cultural e tecnológica da sociedade brasileira.

Neste paradoxo, e principalmente com a noção de tempo cada vez mais dinâmica, como já mencionado no presente trabalho, salienta-se a necessidade de se buscar recursos com o intuito de se aprimorar o conceito e aplicação dos velhos, novos e futuros institutos jurídicos.

Desta forma, a evolução do Direito frente a sociedade carece de atenção e novas perspectivas, com um distanciamento do simbolismo que esse sistema sempre foi representado como um instituto acima dos demais ramos do conhecimento.

O que se deve ressaltar é o grande problema em se aceitar o empirismo como verdade absoluta, pois dizer que a partir de uma coleta de dados posso concluir com exatidão certo resultado pode causar incontestável insegurança jurídica frente as diversidades sociais existentes e seus aspectos subjetivos.

No entanto, não parece ser o mais razoável rechaçar, preconceituosamente, a pesquisa empírica no direito, pois ela pode servir de efetiva demonstração e apontamento de determinada situação em como o direito daquele momento, e local está sendo aplicado, e interpretado além dos profissionais do direito.

Observa-se que o presente está sempre reelaborando um passado coletivo, e é por isso que tentar alcançar essa velocidade, a qual é relativa, pois depende do contexto inserido, se faz imprescindível explorar novos caminhos do conhecimento e se distanciar de métodos feitos dogmas ou/e preconceituosos com os novos métodos.

A partir da análise em estudo, notou-se que cada vez mais os cientistas se sentem pressionados a inovar metodologicamente para conseguir uma efetiva adaptação a esses novos tempos, novas sociedades, e novas tecnologias presentes.

Se faz necessário, a fim de se buscar a proximidade maior da verdade absoluta aplicada e interpretada a sociedade atual, a libertação de toda forma de

alienação, para então atingir-se novas compressões, as quais acompanham a evolução social.

Conforme o pensamento de Karl Popper, observa-se que a lei também tem um caráter probabilístico, transitória, aproximativo, e provisória.

Assim não deve ser mais possível os estudiosos do direito se esconderem neste silêncio do dogmatismo entre as academias do direito, há que se abrir novos horizontes, com a ressalva de que a verdade absoluto e eterna não existe, mas o resultados obtidos através de pesquisas empíricas podem oferecer resultados surpreendentes, as quais trilham muitas vezes um norte de como aquele direito está sendo interpretado e aplicado. Em outras palavras, pode transmitir uma concreta ideia de como aquele direito está sendo aplicado, e isso somado as teorias e doutrinas já constituídas, sem dúvidas há que ser significativo, ao menos, para a evolução social.

É, portanto, nessa união de perspectivas de conhecimento, que talvez que se possa residir uma esperança de tempos futuros melhores para o direito brasileiro, que certamente impactará positivamente nas mais diversas áreas de conhecimento das ciências humanas.

Bibliografia

KOSELLECK, R. **Futuro Passado: contribuição à semântica dos tempos históricos**. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC - Rio, 2006.

MACHADO, Maira Rocha (Org.). **Pesquisar empiricamente o direito**. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017.

POPPER, Karl R. **A Lógica da Pesquisa Científica**. 2ª edição. São Paulo: Cultrix, 2013.

VERONESE, Alexandre. **Considerações sobre o Problema da Pesquisa Empírica e sua Baixa Integração na Área do Direito: a tentativa de uma perspectiva brasileira a partir da avaliação dos cursos de Pós-Graduação do Rio de Janeiro**. Revista ESAP-MS – Escola Superior de Advocacia Pública. Mato Grosso do Sul, v. 14, 2013.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico Moderno**. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 25 -60.

A ESCOLA DA EXEGESE COMO UM MECANISMO DE CONTROLE DAS DECISÕES JUDICIAIS: ORDEM PÚBLICA E A LUTA CONTRA UMA ARGUMENTAÇÃO NÃO-JURÍDICA NA PRISÃO PROCESSUAL

Mariana Coelho Cantú¹
Pedro Barausse Neto²

RESUMO

A presente pesquisa é resultado de um descrédito constitucional e processual penal para com os fundamentos que permeiam o termo ordem pública, e justificam, portanto, a prisão processual – que como é aplicada não é cautelar, mas sim coativa, pois se fundamenta em argumentos puramente ideológicos. Sob esse contexto surge a história, na maioria das vezes invocada com o fim de explicar o presente. Nada obstante, a história é um saber frágil, e sua relação com o direito, pode ser tratada a partir de dois pontos: verdade e método. Pois tanto o historiador quanto o juiz devem contar uma história, todavia, a mesma deve ser problematizada mediante a aplicação de determinada metodologia, caso o contrário corre-se o risco de se contar uma história que não aconteceu. Nesse ponto, surge a argumentação jurídica, importante instrumento para a interpretação e aplicação da lei, bem como para a fundamentação das decisões judiciais, desde que pautada por critérios objetivos, concretos e imparciais. Evitando, assim, convicções pessoais direcionadas a atender a pressão da opinião pública ou opinião publicada, como se nota quando da aplicação do termo ordem pública na prisão preventiva. A partir disso o presente artigo traz a figura da Escola da Exegese como um possível instrumento de controle das decisões judiciais, de modo que referido abismo argumentativo (interpretação) em que se encaixa o termo ordem pública, inserido no art. 312, do Código de Processo Penal Brasileiro, se transforme em uma direção, um guia das decisões judiciais; para que haja uma limitação da discricionariedade no poder de julgar; para que passemos adiante a época da proliferação de opiniões desencontradas. Essa situação foi verificada nas decisões judiciais e jurisprudências mais recentes. O que se viu com a pesquisa é a existência da enorme lacuna e ambiguidade na lei processual penal, que não explica ou estabelece critérios para o que é ordem pública, e na tentativa de supri-la, juízos de parcialidade desvirtuam a cautelariedade em que a lógica formal inseriu o termo, e utilizam a argumentação e lógica jurídica de maneira contrária aos preceitos constitucionais e processuais penais. Sob essas condições, verificou-se a ausência de controle sobre as decisões do Poder Judiciário, e a aplicação da norma estabelecida no Código de Processo Penal de 1941, ignorando-se as alterações legislativas posteriores e a Constituição Federal de 88, fato que

¹ Mestranda em Direito, bolsista. Linha de pesquisa: Teoria e História da Jurisdição, no Centro Universitário Internacional – Uninter.

² Mestrando em Direito, bolsista. Linha de pesquisa: Teoria e História da Jurisdição, no Centro Universitário Internacional – Uninter.

culmina em extrema insegurança jurídica. A partir disso, chega-se a conclusão de que é preciso instituir-se um novo modelo de processo penal, mediante a determinação de critérios que delimitem a atuação do juiz.

Palavras-Chaves: *controle hermenêutico – escola da exegese - ordem pública – prisão cautelar – opiniões desencontradas – antigo regime.*

1. Hermenêutica Jurídica: O controle nas decisões judiciais e a Escola da Exegese

Muito se exige da história quando se escreve um artigo envolvendo a disciplina, como se ela fosse capaz de reproduzir o passado, ou ainda, ratificar as políticas do presente. No entanto, a história é um saber frágil, sujeito as observações de distintos olhares, que na grande maioria das vezes, só se voltam para o passado quando precisam explicar o tempo presente (HESPANHA, 2007, p. 204).

Quando o assunto tratado é a decisão judicial, imediatamente vem a mente as incontáveis jurisprudências que, em tese, estabelecem parâmetros para a aplicação da lei, em um determinado caso concreto. Aqui, utiliza-se a expressão “*em tese*”, pois desde a primeira metade do séc. XIX, vivemos diante da “proliferação de opiniões desencontradas, sobretudo com a falta de uma direção para as decisões jurisprudenciais” (HESPANHA, 2007).

Fato é que o direito falado, ou seja, aquele posto no papel por meio de um despacho ou uma *sentença*, há tempos vive entre a lei e os particulares entendimentos quanto a algum tema. “Nas primeiras Cortes, muito cuidado se recomendou quanto à limitação da discricionariedade dos juízes, que traziam do Antigo Regime, a Lei da Boa Razão³” (HESPANHA, 2007).

Observando o cenário atual, preceituado no Brasil pela Constituição Federal de 1988, tem-se a impossibilidade de o Judiciário avocar para si

³ Promulgada em 18 de agosto de 1769 – “Em 18.08.1769, sob influência pombalina, é promulgada pelo Rei Dom José, a Lei da Boa Razão. Foi assim chamada porque autorizava a aplicação subsidiária do Direito Romano somente quando este se achasse fundado na boa razão, isto é, nos princípios essenciais do direito natural e das gentes”. Disponível em: <https://www.recantodasletras.com.br/textosjuridicos/6358985>. Acesso em 27/01/2019.

competências do Legislativo. Nada obstante, apesar disso, a fundamentação aplicada nas decisões judiciais desfaz as bases instituídas pela Constituição.

Os labirintos da legislação são utilizados para suprirem lacunas de modo ideológico e subjetivo, de modo que medidas disciplinadoras deveriam fazer parte do âmbito judicial. Na Constituição Portuguesa de 1822, algumas medidas para restringir o arbítrio judicial foram tomadas. É nesse sentido que o art. 196 da Constituição Portuguesa, prevê: “Todos os magistrados e oficiais da justiça serão responsáveis pelos abusos de poder e pelos erros que cometerem no exercício dos seus empregos”⁴.

Em matéria penal, ficou determinado que os juízes que infringissem as disposições relativas ao capítulo das prisões, tais como legalidade e garantias, deveriam ser castigados com as penas que as leis declarassem – art. 210 (HESPANHA, 2017).

Seguindo essa linha, a referida Constituição, preconizou junto ao “art. 176, o equilíbrio entre o princípio da independência do poder judicial e o de que os juízes deviam julgar de acordo com o direito” (HESPANHA, 2017). Tal tentativa foi demasiadamente custosa, na medida em que o legislativo não possuía controle sob as jurisprudências, as quais representam a ideia de liberdade do Poder Judiciário.

Na França, em 1970, fora criado o *Tribunal de Cassation*⁵, o qual era controlado pelo Poder Legislativo e tinha a finalidade de limitar ou cassar as decisões dos tribunais, mas não a substituir.

⁴ Art.196, Constituição Portuguesa de 1922. Disponível em: https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=2ahUKEwjOivyR1Y7gAhXiK7kGHc5aCYUQFjABegQICRAC&url=https%3A%2F%2Fwww.fd.unl.pt%2FAnexos%2FInvestigacao%2F7511.pdf&usq=AOvVaw3M-pf8ubRGhcBOimAjT_vj.

⁵ O *Tribunal de Cassation* (mais tarde, *Cour de Cassation*) foi criado pela lei de 27.11/01.12.1790, colocado sob o controlo directo do Corpo Legislativo “Il y aura un Tribunal de cassation établi auprès du corps législatif”, artº 1), como forma de reduzir a jurisprudência à pura e simples aplicação da lei.. A sua função nuclear era a de vigiar o cumprimento das regras processuais nos julgamentos judiciais, bem como a conformidade das decisões dos tribunais com a lei (cf. V. Art. 20, Constituição de 1791). Caso uma decisão enfermasse de qualquer destes vícios, ela devia ser anulada, sendo o reexame da questão de fundo reenviada para um novo tribunal. Sobre a história da *Cour de Cassation*, Jean-Louis Halperin, *Le Tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Révolution* (1790 – 1799), Paris, LGDJ, 1987.

No Brasil, o que se vê é que não há qualquer limitação do direito judiciário, já que não existem condições formais e materiais para tanto.

A existência do Supremo Tribunal Federal de nada adianta quando o próprio órgão colegiado discorda entre si por opiniões meramente ideológicas, e mais, quando os demais Tribunais não observam as orientações emanadas, fechando-se no interior do entendimento de determinada Câmara. Fato que abre espaço para julgamentos desregrados e repletos de arbitrariedade.

Não parece *direito* que dois indivíduos responsabilizados pelo mesmo fato, sob as mesmas condições, recebam determinações judiciais diferentes. “A abertura a um direito para além da lei – ou mesmo contra a lei, correspondia as fontes herdadas do Antigo Regime, momento em que se tinha uma concepção alargada do “direito”, bem como a amplitude da autonomia dos juristas para dizerem o direito como correspondendo à ordem natural das coisas” (HESPANHA, 2017).

Sob esse contexto, e analisando o período em que vivemos hoje - Século XXI - observa-se ainda, que a discricionariedade dos juízes vai se perpetuando de épocas em épocas, sem, contudo, nenhum critério limitador.

Orientações Jurisprudenciais não podem ser contrapostas. O mais estranho é que, não se está nesse Século, somente diante de um ponto de fricção entre o direito legislado e o direito dos juízes, há um intenso confronto entre *direito dos juízes entre juízes*.

Por tais razões, é que se propõe aqui, um critério delimitador para as decisões judiciais, de modo que as mesmas não sejam aplicadas por posições pessoais, políticas e ideológicas.

A Escola da Exegese, aparecesse dentro desse conjunto de ideias, como um momento histórico que achou a solução para as lacunas legislativas, por meio da elaboração de critérios objetivos norteadores da decisão judicial, razão pela qual a abordamos essa Escola Clássica no presente trabalho.

A Escola da Exegese surgiu na França no Século XIX, logo após o advento do Código Civil de Napoleão (1804). Sua ideia central é um sistema

normativo codificado de leis que visem garantir os direitos subjetivos do homem, ou seja, estabelecer regras para cada situação e defender a aplicação da lei para disciplinar todas as relações, de modo geral.

GENY, alega que a codificação exerceu influência decisiva sobre a interpretação jurídica (GENY, p. 20-24).

A palavra exegese vem do grego: *ex + gestain* e significa “conduzir para fora”. Para essa escola, o papel do interprete se reduziria a aplicar precisamente a lei ditada pelo legislador, independentemente do decurso do tempo.

Para a escola da Exegese então, o papel do jurista é sinônimo de rigor absoluto ao texto legal e a revelação do seu sentido. O Código seria, sob esse contexto, suficiente para aplicação do direito, pois a lei continha todo o direito, logo, a interpretação da lei, para suprir eventual lacuna, teria que se dar com foco total à vontade do legislador.

Segundo Miguel REALE, sob “...o nome ‘Escola da Exegese’ entende-se aquele grande movimento que, no transcurso do século XIX, sustentou que na lei positiva, e de maneira especial no Código Civil, já se encontra a possibilidade de uma solução para todos os eventuais casos ou ocorrências da vida social. Tudo está em saber interpretar o Direito. Dizia, por exemplo, Demolombe que a lei era tudo, de tal modo que a função do jurista não consistia senão em extrair e desenvolver o sentido pleno dos textos, para apreender-lhes o significado, ordenar as conclusões parciais e, afinal, atingir as grandes sistematizações.” (REALE, p. 280).

A Escola Clássica preceituava o seguinte lema: a intenção do legislador ao editar a norma, sendo que qualquer interpretação que fosse contrária a essa intenção, não era tida como válida.

Portanto, o juiz ao aplicar a norma deveria observar tal intenção, para não se desvirtuar ao decidir o caso concreto, e a partir dessa ideia, o ponto crucial da Escola da Exegese reside justamente na questão problemática das *lacunas legislativas*.

HESPANHA, descreve a Escola da Exegese da seguinte forma: *“Perante isto, à doutrina apenas restava um papel anciliar – o de proceder a uma interpretação submissa da lei, atendo-se o mais possível à vontade do legislador histórico, reconstituída por meio dos trabalhos preparatórios, dos preâmbulos legislativos, etc... Quanto à integração das lacunas, a prudência deve ser ainda maior, devendo o jurista tentar modelar para o caso concreto uma solução que pudesse ter sido a do legislador histórico se o tivesse previsto”*. (HESPANHA, p. 268).

Se a lei correspondia ao direito e este a lei, não haveria espaço para interpretações. E, apesar de a França ter se destacado quanto a elaboração doutrinária da Escola da Exegese, o exercício de uma interpretação limitada aos textos legais foi um procedimento comum nos países que aderiram a codificação.

Nada obstante, a interpretação limitada foi fundada mediante algumas características, tais como a riqueza da legislação, os recursos fornecidos por analogias no caso de eventuais lacunas e a interpretação conforme a vontade do legislador, tendo em vista ser este o autor da lei.

Assim, percebe-se que a Escola da Exegese é um sistema hermenêutico que pressupõe a plenitude e perfeição da lei escrita, considerada esta como uma revelação completa e acabada do direito.

A Escola da Exegese a partir de um método notadamente dogmático, uma vez que baseado tão-somente na análise dos textos legais, passa a elaborar métodos de Interpretação, com o fim do jurista não inovar ou não invocar elementos que não fazem parte da lei interpretada (LIMA, p.112).

Sob essas condições, o primeiro passo do intérprete deve ser a análise da norma interpretada quanto ao seu sentido literal ou gramatical (LIMA, p. 113).

Isso se deve a concepção de que a lei é uma declaração de vontade do legislador e, portanto, deve esta ser reproduzida com exatidão e fidelidade. Se o texto é claro, não havendo dúvidas quanto a intenção do legislador, deve-se aplicá-lo nos seus próprios termos. Para tanto, faz-se necessário, muitas vezes, descobrir o sentido exato de um vocábulo ou até mesmo proceder-se a sua

análise do ponto de vista *sintático*. De toda forma, a interpretação assim realizada será puramente gramatical ou literal.

Este método literal, consiste no primeiro movimento do intérprete, que se volta para a literalidade do texto, de modo que a interpretação atenda a forma utilizada pelo legislador, procurando estabelecer qual é o sentido que este quis dar a cada vocábulo, frase ou período, que esteja preceituado no código.

Após a utilização do método gramatical, caso a norma interpretada ainda exigisse maiores indagações, por ser obscura ou incompleta, não traduzindo fielmente o pensamento do legislador, caberia ao intérprete proceder a utilização do *método lógico*, desvendando, assim, o valor lógico dos vocábulos, com a finalidade de suprir as deficiências da interpretação gramatical.

Ao fazer o uso do método lógico, os adeptos da Escola da Exegese defendiam a tese de que uma interpretação *stricto sensu* dos textos legais seria suficiente para fornecer os elementos necessários a compreensão do seu sentido e alcance (LIMA. p. 112)

Ela se valia da lógica dos textos legais, ou seja, todos os argumentos e regras definidos pelo legislador para reconstruir sua vontade e cessar eventual obscuridade estaria disposta no código.

Seguido do método lógico, aparece o método sistemático, que consiste na análise da norma interpretada considerando o corpo do texto legal do qual ela faz parte e com o qual deve estar em harmonia.

Isso se deve ao fato que o sistema legislativo é um conjunto orgânico em que toda e qualquer lei tem um lugar específico e determinado, de modo que umas preponderem sobre outras.

Nesse ponto, considerando a segunda parte desse artigo, ao falar quanto ao *“risco a ordem pública”* como requisito para a prisão processual, tem-se que a mesma somente poderia ser interpretada dentro no contexto em que é inserida, ou seja, para acautelar o processo, e nunca com argumentos inerentes a pena

definitiva, já que encontra-se disposta no Código de Processo Penal no capítulo das prisões cautelares⁶.

Todo esse conjunto de procedimentos adotados pela Escola da Exegese, colocam um fim ao pensamento imediato de que essa é uma escola que não permite nenhum método interpretativo e revela um único e fidedigno objetivo: o estabelecimento de condições e critérios ao intérprete como o fim da aplicação da norma, sem ponderações subjetivas e parciais, ou seja, o controle para uma decisão *não* arbitrária.

Não se trata, portanto, de mera subsunção do fato a lei, mas sim de segurança jurídica para aquele que é julgado.

2. Ordem Pública com os pés de Barro: A ausência de controle sobre a interpretação e a necessidade de um novo modelo processual penal que estabeleça critérios de fundamentação na decisão judicial

A partir do contexto traçado no ponto 1, percebe-se que a investigação parte do seguinte problema: o abismo legislativo em que se encaixa o termo “ordem pública”, inserido no art. 312, do Código de Processo Penal, como requisito autorizador da prisão preventiva e sua incompatibilidade com a tutela do processo penal. Daí permeia a escuridão, a obscuridade da interpretação, ou o chamado “pés de barro”, considerando a ausência de critérios delimitadores no problema das lacunas, ou seja, não há nenhuma orientação que situe a atuação do juiz no que concerne a aplicação da Ordem Pública na prisão processual.

Essa obscuridade permeia há décadas o processo penal brasileiro e tal fato é facilmente observado, compulsando a grande maioria das decisões judiciais e jurisprudências que aplicam a ordem pública para fundamentar a decretação ou manutenção da prisão preventiva.

⁶ Capítulo III – Da Prisão Preventiva – Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm.

Quanto ao tema, tem-se que o capítulo da Prisão Preventiva – arts. 311 a 318 do Código de Processo Penal⁷ de 1941, ditava que “a prisão do “delinquente” (acusado/investigado), satisfazia a opinião pública, antecipando, em benefício do prestígio da lei violada, a ulterior restauração da ordem jurídica, de que se incumbe a pena” (ZANOIDE DE MORAIS, p. 215).

No mesmo sentido, a fundamentação usual da prisão preventiva, naquela época, considerando as posições doutrinárias e jurisprudenciais dominantes: *“A prisão preventiva – é uma medida de segurança, um meio de instrução e uma garantia de execução do julgamento. (...) É um estado de privação da liberdade pessoal reclamado pelo interesse social, o qual pode ser imposto ao acusado até o julgamento. Seus principais objetivos são os de – obstar a fuga do presumido responsável e tolher-lhe a faculdade de fazer desaparecer quaisquer outros vestígios dos crimes, além dos já indicados, de subornar, amedrontar as testemunhas e concertar-se com os seus possíveis cúmplices”* (FARIA, p. 51).

Ainda, quando da promulgação do Código de 1941, a prisão preventiva (processual ou cautelar) era obrigatória em decorrência da gravidade do crime cometido, ou seja, se ao crime fosse cominada pena máxima igual ou superior a 10 anos, “a prisão cautelar era operada de forma automática, no início da persecução penal” (ZANOIDE DE MORAIS, p. 214).

Tecidas tais considerações quanto ao Código de Processo Penal de 1941, percebe-se não havia possibilidade da aplicação de nenhuma fundamentação processual, pois a proporcionalidade entre a conduta e a medida cautelar não tinha como ser medida pelo julgador no caso concreto. “Fundava-se, portanto, única e exclusivamente, na gravidade abstrata do crime e na necessidade de se dar uma satisfação à opinião pública” (GARCIA, p. 156/159).

⁷ Os artigos 311 e 312, do Código de Processo Penal, em 1941 preconizavam : “Art. 311. Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou do querelante, ou mediante representação da autoridade policial, quando houver prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria. Art. 312. A prisão preventiva será decretada nos crimes a que for cominada pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a dez anos”.

Em que pese ainda vigente, o Código de Processo penal de 41 sofreu ao longo de todos esses anos algumas alterações legislativas. Especialmente, em 2011, a prisão preventiva sofreu alteração pela Lei 12.403/2011, quanto a sua duração, pressupostos e requisitos de aplicabilidade⁸.

Contraopondo-se a ideia exposta acima, a inovação legislativa trouxe a prisão preventiva não como regra, mas sim como exceção, devendo ser aplicada somente quando não houver nenhuma outra medida capaz de resguardar a ordem pública e econômica, a instrução processual penal e a aplicação da lei penal (princípio da proporcionalidade), ou seja, a prisão preventiva, mesmo para os crimes com gravidade acentuada, tornou-se exceção, ao mesmo no Código. Pois, o que se vê nas jurisprudências atuais e dominantes, é um retrocesso para a obrigatoriedade da prisão preventiva, de modo que as lacunas do Código vêm sendo supridas por hermenêuticas muito particulares, sem qualquer parâmetro de interpretação.

No que concerne a aplicação da prisão processual – a qual chamamos aqui de coativa, pois não traz em seu bojo nenhum elemento cautelar -, a garantia da dita Ordem Pública ganha protagonismo, pois inaugura o ponto crucial enfrentado pela Escola da Exegese, as *lacunas*.

A grande lacuna sustenta-se, desse modo, em dois pilares: a ordem pública não encontra definição que se coadune com o momento processual em que é aplicada, bem como é constantemente desvirtuada, pelas inúmeras interpretações que recebe. Não havendo, desse modo, nenhuma lógica formal perante a norma, e tão somente lógica jurídica⁹.

O termo ordem pública, inserido no contexto da prisão cautelar, se perfaz como uma medida de coerção¹⁰, aberta e geral para prender, pois fundamentado

⁸ Lei 12.403/2011 – Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm.

⁹ Na concepção de Chaïm Perelman a lógica formal se difere da lógica jurídica, na medida que a lógica formal é a descrição da norma na lei, e a lógica jurídica surge para suprir as omissões, lacunas e ambiguidades da lógica formal.

¹⁰ Maurício Zanoide de Moraes adota referida expressão, na medida em que a ordem pública não possui contornos de medida cautelar, já que essa é aquela com finalidade processual e pela qual se visa assegurar o processo e seu resultado.

nas mais diversas argumentações, o que desenha o abismo argumentativo aduzido, ou iguala a ordem pública como *o estado de privação da liberdade pessoal reclamado pelo interesse social*, inerente a escolha/intenção legislativa de 1941, e não de 2011. Aqui reside o problema hermenêutico.

Assim, o presente artigo busca demonstrar que o termo ordem pública, dado a lacuna jurídica em que está inserido é aplicado com extrema subjetividade e contra ao disposto pelo legislador no capítulo da prisão cautelar – *que não é cautelar* (JOHN, p. 276-277).

O Conceito de lacuna jurídica diz respeito a uma incompletude no sistema jurídico considerado como um todo, o que inclui, além da legislação, o direito consuetudinário, por sua vez, reduz o sistema jurídico ao direito legislado. Nessa acepção restritiva, a expressão “lacuna jurídica” identifica-se com a expressão “lacuna da lei” (ENGLISH, p. 276-277).

No sistema processual penal vigente, a ausência de parâmetros dos conceitos que permeiam a dita “ordem pública” comportam motivações materiais inconstitucionais que determinam a prisão processual.

Tais subjetividades representam obstáculos para o irrestrito emprego do princípio da legalidade, ou seja, a prisão cautelar deve vir lastreada por fundamentos processuais, e aqui não se está dizendo que a ordem pública é anti – processual, mas sim que a mesma precisa de critérios argumentativos que a delimitem e transformem sua aplicação quando realmente se mostra necessária. Isto é, em casos concretos que apresentem justificação proporcional e em *ultima ratio*.

Desse modo, percebe-se que a raiz do problema se encontra no método de aplicação da norma, o qual quando não está explícito, é desvirtuado, ou suprido de forma desregrada.

Realizando justiça ou injustiça, a prática judiciária é linguagem e comunicação (BENJAMIN, 1992). Portanto, chegou a hora de a dogmática jurídica reconhecer as consequências (des) humanas de suas elaborações,

afastando totalmente conteúdos não científicos. Daí reside a importância de uma interpretação restritiva.

Nesse sentido é que se faz a crítica a retórica e a argumentação desmedida e desregrada. Em uma concepção quanto ao suporte fático da presunção de inocência, as restrições devem ser lançadas com justificção constitucional e guardar proporcionalidade com o momento histórico que se vive.

Sob tais condições, as marcas dos dispositivos de 1941 são claramente observáveis na cultura jurídica de hoje, tanto é que, não obstante os vinte anos da atual Constituição Federal, ainda se vê o emprego do mesmo raciocínio da gravidade¹¹ da infração para se determinar a prisão provisória ou se negar a liberdade do preso (ZANOIDE DE MORAIS, p. 217).

Nesse ponto, importante ressaltar que não se sugere o engessamento do conceito de “ordem pública”, mas sim que o juiz de convencimento trabalhe com hipóteses concretas, a partir de justificções não arbitrárias e ideológicas.

“Qualquer impressão, razão ou causa de decidir judicial que se funde em aspecto estranho ao fato imputado representa um afastamento da análise do caso concreto, passando-se a determinar prisões por fatores emotivos, voltados a punir o imputado pelo que ele é ou, pior, pelo que ele foi, e não pelo que eventualmente tenha feito. Abre-se a possibilidade de se afirmar como “razões materiais”, ou seja, que deveriam advir do ato a ser julgado, motivos, na verdade, institucionais, ou de “eficientismo punitivo”, ambos totalmente alheios e desconectados com a causa a ser decidida” (ZANOIDE DE MORAES, 2010, p. 490).

No entanto, o que se pretende salientar nesse trabalho, é que estamos diante de forças ideológicas que forjam o atual Código de Processo Penal, o qual é cotidianamente interpretado segundo a cultura autoritária do início do Século XX¹².

¹¹ Em que pese a vedação legal da fundamentação genérica e abstrata para a prisão provisória, alguns crimes tidos como de alta gravidade ganham fundamentação inerente ao tipo penal e tornam a prisão obrigatória, justificada nas mais variadas motivações.

¹² O seguinte exemplo da história do Supremo Tribunal Federal: “1. Primário é o criminoso que não sofreu condenação criminal anterior. Todavia, pode

A expressão “ordem pública”, serve-se de juízo crítico para alguém ficar preso preventivamente. “Tal expressão, não possui qualquer limitação sistêmica para evitar que sirva de porta de entrada de muitos influxos subjetivos, desproporcional e sem qualquer justificação constitucional” (MAGALHÃES, p. 66/69).

Nessa pesquisa, considerando a proposital porosidade do conteúdo que permeia a “ordem pública”, bem como a ausência de parâmetros internos ou externos, é que por meio desse termo, a doutrina e a jurisprudência a conceituam como “gravidade da infração; periculosidade do agente; forma do cometimento do crime; clamor público, etc. (ZANOIDE DE MORAIS, p. 220).

“Para demonstrar que o argumento da periculosidade é antigo e fruto do desenho político-legislativo do nosso Código de Processo Penal de inspiração também positivista, v. os seguintes julgados do Supremo Tribunal Federal anteriores a 1988: “*Habeas corpus. Prisão em flagrante. Agentes de roubo à mão armada presos sucessivamente após fuga. Quase flagrância caracterizada. ‘Liberdade provisória (art. 310, par. único do CPP). Não faz jus ao benefício o meliante dotado de extrema periculosidade, preso logo após cometer roubo duplamente qualificado, por se tratar de hipótese em que se justificaria a prisão preventiva para garantia da ordem pública’. Recurso não provido*” (STF – 1ª T. – RHC 56.557 – rel. **Rodrigues Alckmin** – j. 26.09.1978 – DJU 16.10.1978). “*Prisão preventiva. Alegação de motivação*

*ser pessoa perigosa pelo fato de haver cometido infrações que não foram sequer noticiadas, nem verificadas oficialmente. Assim também o réu de bons antecedentes, visto que estes podem ser desconhecidos da justiça criminal. Por conseguinte, a primariedade e os bons antecedentes podem indicar ausência de periculosidade do réu, mas o certo é que isso não constitui algo absoluto, indiscutível, pois o indício, qualquer que seja, deve ser apreciado com cautela, visto que ele desaparece diante de prova contrária daquilo que inculca. 2. Se o réu, pelo crime terrível que praticou, demonstra que é perigoso ao convívio social, é de se lhe decretar a prisão preventiva, mesmo que tenha 19 anos de idade, viva em companhia dos pais e esteja empregado, seja primário e tenha bons antecedentes visto que a primariedade e os bons antecedentes não excluem aquilo que haja de perigoso na sua personalidade, como se conclui de sua conduta quando provocou a vítima para matá-la em circunstâncias densamente comprometedoras. 3. Prisão preventiva denegada pelo juiz de primeiro grau mas concedida, em recurso estrito, pelo Eg. Tribunal de Justiça de São Paulo, e confirmada pelo Supremo Tribunal ao indeferir em julgamento uniforme, a petição de habeas corpus formulada em favor do réu” (STF – 1ª T. – HC 58.825 – rel. **Antonio Neder** – j. 09.06.1981 – DJU 03.07.1981).*

*insuficiente. Improcedência da alegação, uma vez que o decreto se fundamenta, inclusive, na periculosidade do agente, o que diz respeito também à garantia da ordem pública. Recurso ordinário a que se nega provimento” (STF – HC 58.931 – rel. **Moreira Alves** – j. 18.09.1981). 507 Também com base na jurisprudência histórica do Supremo Tribunal Federal, percebe-se que a forma de cometimento do crime, considerada de modo isolado, desde sempre foi aceita como justificativa para prisões. Por todos, v.: “*Habeas corpus*’ - concessão de liberdade provisória. Benefício expressamente recusado, na pronúncia, em vista da maneira de execução do crime e grau de perversidade demonstrado pelo réu’. Inadmissibilidade de reexame e, menos ainda, acolhimento da pretensão. ‘*Habeas corpus*’ indeferido” (STF – 1ª T. – HC 61.064 – rel. **Oscar Correa** – j. 05.08.1983 – DJU 26.08.1983). 508 O clamor público também é construção antiga, originária da cultura fascista e que se perpetua até os dias atuais, tendo sido, inclusive, aplicado pelo Supremo Tribunal Federal, antes da atual Constituição. Por todos, v.: “*Habeas corpus*’. Crime afiançável. Prisão preventiva com base no clamor público causa do pelos assaltantes, incentivados pelos receptadores. Superada a demora no encerramento da instrução. Recurso desprovido” (STF – 1ª T. – rel. **Soares Munoz** – j. 27.10.1981 – DJU 13.11.1981)”.*

Essa situação se desdobra na interpretação arbitrária das leis. Beccaria ensina que a função dos juízes criminais não contempla a interpretação das leis, pois não são legisladores (BECCARIA, 1764, p. 11-12). Nesse sentido é que a elaboração de um novo sistema, com critérios pré-determinados para a aplicação da “ordem pública” podem evitar prisões desproporcionais e ilegítimas.

As leis emprestam sua força da necessidade de orientar os interesses particulares para o bem geral e do juramento formal ou tácito que os cidadãos vivos voluntariamente fizeram ao rei (BECARIA, 1764, p; 11-12).

O intérprete da lei, portanto, é o soberano, e não o juiz, ou seja, a tarefa do juiz consiste em examinar o conteúdo produzido pelo soberano, se é ou não contrário a lei maior. O juiz deve fazer um silogismo perfeito. A maior deve ser a

lei geral; a menor, a ação conforme ou não a lei; a consequência, a liberdade ou a pena. Se o juiz for constrangido a fazer um raciocínio a mais, ou se o fizer por conta própria, tudo se torna incerto e obscuro (BECCARIA, 1764, p. 11-12).

Nada obstante, a retórica tenha alto valor de convencimento, a mesma nasce repleta de impessoalidade, fator que iguala a ordem pública no direito processual penal à opinião pública da massa. Isto é, se prende cautelarmente em nome da ordem pública para satisfazer a opinião publicada, logo, se satisfaz a lógica jurídica, mas se ignora a lógica formal e o comando da lei, gerando imensa insegurança jurídica.

Sabe-se que a motivação das decisões judiciais é um dos pilares do Poder Judiciário, e nesse sentido, aquele que perdeu o processo saberá como e por quê, graças a motivação. “É afastar toda arbitrariedade. A motivação convida-o a compreender a sentença e não o deixa entregar-se por muito tempo ao amargo prazer de maldizer os juízes. A sentença motivada substitui a afirmação por um raciocínio e o simples exercício da autoridade por uma tentativa de persuasão” (PERELMAN, 2000, p. 210-2011).

A motivação concreta e individual ao caso concreto em que sob análise abre as portas para a incidência de juízos de valor no direito, logo, cabe ao magistrado recorrer às técnicas argumentativas para tornar suas decisões aceitáveis para os juristas, para as partes e para a sociedade. Contudo, a aplicação da lei escrita emanada pelo Poder Legislativo não pode dar lugar a pura e simples retórica, exercida sem qualquer critério delimitador, bem como a argumentação jurídica falseada por convicção pessoal e parcial.

Desta feita, o papel do juiz é componente da judicialidade e motivação de qualquer norma que tenha aplicação na persecução penal, logo a retórica e argumentação jurídica estão diretamente inseridos em seus atos que atingem diretamente a esfera de direitos fundamentais do indivíduo, pois completamente atrelada a justificativa da resolução do mérito da causa, bem como em cada ato da persecução penal.

A “reserva de jurisdição”, entendida como uma garantia constitucional decorrente do Estado Democrático de Direito e da cláusula do devido processo

legal, atribui ao Poder Judiciário, e somente a ele, o poder/dever de decidir conflitos ou controvérsias sobre a norma aplicável em uma situação concreta. (LOPES JUNIOR, 2017, p. 412). Nada obstante esse poder de decidir deve obediência aos preceitos constitucionais, logo a motivação, galgada na Constitucional Federal deve ser observada na explanação judiciária, caso contrário, não passa de mera retórica, que em que pese de “na aplicação da lei, não ser possível excluir certa discricionariedade interpretativa, a explicitação dos motivos necessita de um controle que permita verificar se os espaços de criação judicial foram utilizados de forma legítima” (LOPES JUNIOR, 2017, p. 412).

O que se exige é que haja uma consciência judicial, de modo que as motivações expressem com clareza todos os caminhos fáticos e jurídicos escolhidos na decisão judicial. Sem com isso se deixar guiar por razões outras que se distanciem dos fatos demonstrados no processo, das razões constitucionais impostas pela lei e pelo comando dado pela norma processual penal. As razões jurídicas devem ser formadas por dois critérios, portanto: *situação fática do caso estudado e adequação a norma, o que deixaria de lado*

Resta, evidente, portanto, que a prisão cautelar, no curso na persecução penal precisa se estruturar sob os comandos da presunção de inocência, afastando a era da prisão obrigatória (manifestação incontestada da “presunção de culpa” – Código de Processo Penal de 1941) por força de lei (notadamente nos art. 311 e 312), e restringindo a hermenêutica quanto ao termo “ordem pública”, com a competente elaboração de um método de aplicação da norma.

3. Conclusão

Ao final, conclui-se que o papel da hermenêutica é fundamental, seja pela imprecisão da linguagem do Direito; pela possibilidade de conflitos entre as normas; pela possibilidade de haver casos em que não cabem nenhuma norma válida existente e pela possibilidade, em casos especiais, da decisão contrariar textualmente um estatuto (lei).

Principalmente, no caso dos motivos para a decretação da prisão preventiva, a argumentação jurídica possui um papel fundamental no sentido da

busca por uma solução que se entenda como acertada, por meio do desenvolvimento de uma atividade racional, desde que o magistrado exponha de modo concreto e imparcial as razões fáticas e jurídicas de seu convencimento.

Para tanto, acreditamos que a complementação das lacunas não pode acontecer de modo ilimitado e discricionário. O poder de julgar deve e precisa ser controlado por um método, o qual deve direcionar as decisões judiciais de modo que as mesmas não se tornem arbitrárias e inconstitucionais. Evitando, como se nota, decisões pautadas em convicção pessoal, parcialidade e no subjetivismo, o que muitas vezes gera insegurança jurídica, afronta aos princípios constitucionais, aos direitos fundamentais em desrespeito aos precedentes das Cortes Superiores em casos semelhantes.

Assim, conclui-se dois fatos de suma importância: primeiramente a parcialidade que ronda as decisões judiciais, e a falta de controle dessas decisões.

Esses dois fatores geram significativa insegurança jurídica, não só para as partes, mas também para toda a sociedade, considerando que as lacunas e ambiguidades da lei são preenchidas dessa ou daquela forma, de acordo com o entendimento daquele juízo, de determina Câmara, ou órgão (STJ/STF), ou seja, a mesma situação é disposta conforme as subjetividades de cada julgador, como se a lei – lógica formal – fosse irrelevante.

Muito embora o tema central dessa pesquisa seja o abismo argumentativo que paira sob a “ordem pública”, no que concerne sua aplicação na prisão processual percebe-se que essa nebulosidade de subjetividade na motivação das decisões judiciais é inerente ao direito e a história do direito como um todo.

Logo, se por um lado a emissão de juízos valorativos contribuam para uma justiça mais justa, dotada de equidade e humanidade, o que não se vê, na letra fria da lei, os mesmos juízos valorativos são capazes das mais cruéis injustiças. Inclusive dirigindo-se contra o determinado pelo legislador na Constituição da República e Código de Processo Penal, pois em que pese não

ter dito o que é ordem pública, o inseriu em uma norma cautelar (método lógico formulado pela Escola da Exegese). Logo, completamente *lógico* que fosse aplicada sob argumentos estritamente tuteladores do processo.

Sendo assim, percebe-se a necessidade de um controle, controle esse que não pode ser exercício pelo Poder Judiciário sobre si mesmo. Nesse ponto sugerimos a Escola da Exegese, pois a mesma determinava métodos para a interpretação das leis pelos juízes, os quais poderiam ser de grande valia diante da propagação de opiniões desencontradas, sobretudo com a falta de uma direção para decisões judiciais. Do contrário, corre-se o sério risco de vermos, cada vez mais, a aplicação na prática de uma Lei elaborada na época do antigo regime, quando a fundamentação da prisão preventiva se dava a partir de argumentos inerentes a pena e não a prisão como acautelamento do processo.

Sob essas condições, tem-se que o Direito está trilhando um caminho desorientado, e se não for guiado por um método, o qual, nesse caso, é a imparcialidade e obediência a norma e estabelecimentos de critérios norteadores das decisões judiciais, um dos comandos primários exigidos dos juízes, mas que, por falta de fiscalização, ou excesso de poder, não é cumprido, caminhará cada vez mais para o retrocesso.

4. Referências

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. São Paulo: Landy, 2001.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional**. In: BARROSO, Luís Roberto (organizador). *A Nova Interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. **O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro**. In: BARROSO, Luís Roberto (organizador). *A Nova*

Interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BASILEU GARCIA, **Comentários ao Código de Processo Penal** – v.III. Rio de Janeiro: Forense, 1945.

BECCARIA. Cesare. **Dos delitos e das penas**. 1764. Edição Ridendo Castigat Mores. Versão para eBook. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/eb000015.pdf>. Acesso em 19 de outubro de 2018.

BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 11ª edição. Brasília: UNB, 1998.

ENGLISH, John. **Introdução ao pensamento jurídico**. <http://docplayer.com.br/5161550-Resumo-resume-palavras-chave-escola-da-exegese-hermeneutica-juridica-classica.html>. Acesso em 10 de fevereiro de 2019.

FARIA, Bento de. **Código de Processo Penal**. V. II. 2ª ed. Fortaleza: Record: 1960.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. **Colisão de Direitos Fundamentais, Argumentação e Ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

GENY, François. *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris: Librairie Générale de Droit & Jurisprudence, 1932. T.I. p. 20-24.

GEREMBERG, Alice Leal Wolf. **A teoria compreensiva de Robert Alexy: a proposta do 'trialismo'**. Tese de doutorado apresentada na Puc -Rio. Rio de Janeiro, 2006. Disponível em: < http://www.maxwell.lambda.ele.puc-rio.br/9593/9593_3.P DF>. Acesso em: 05 de janeiro de 2019.

HESPANHA, Antônio Manuel Botelho. **“Um poder um pouco mais que simbólico. Juristas e legisladores em luta pelo poder de dizer o direito”**, enviado para publicação nas actas do III Colóquio Internacional de História do Direito, Curitiba, Setembro de 2007.

HESPANHA, Antônio Manuel. **Cultura Jurídica europeia: síntese de um milênio**. Portugal: Almedina, 2012.

LIMA, Iara Menezes. **Escola da Exegese**. Revista Brasileira de Estudos Políticos. V. 97. 2008.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito**. 11ª edição. Brasília: Brasiliense, 1982.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MAGALHÃES FILHO, Antônio. **Presunção de Inocência e Prisão Cautelar**. Saraiva, 1991.

MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: Análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos**. Florianópolis, 2017.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica: nova retórica**. Tradução de Virgínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

UM DIÁLOGO ENTRE A ESCOLA DOS ANNALES E A HISTÓRIA DO DIREITO

Mariana Coelho Cantú¹
Pedro Barausse Neto²

RESUMO

A presente pesquisa parte da explicação a respeito do surgimento e desenvolvimento das principais ideias da Escola dos Annales, também, chamada de Escola Francesa até o surgimento da Nova História. A historiografia francesa trouxe nova perspectiva sobre a história, com o desenvolvimento de uma história de longa duração, história problema e quantitativa, em que o historiador, sob uma temática, visa se debruçar, analisar, investigar, interrogar e compreender. Até o surgimento do conceito de Nova História, história voltada para todos os homens, uma história global. Apresentou-se a inicial dificuldade de diálogo entre os historiadores dos Annales e os historiadores do Direito para, na sequência, afirmar que essa dificuldade é apenas aparente. Na verdade, há uma série de conexos e contribuições entre ambos, sendo que deve haver um forte diálogo entre o historiador social, o historiador do direito e o jurista, recuperando o papel direito no seio do tecido social de uma civilização.

Palavras-Chaves: *Escola dos Annales; História do Direito; Diálogo.*

1. A Escola dos Annales

A Escola dos Annales, também, conhecida como Escola Francesa foi um movimento que buscou uma revolução na historiografia, com crítica a história tradicional (positivista), baseada unicamente nos documentos escritos e testemunhos voluntários. Os Annales surgiram, no início do século XX, dando ênfase ao tempo de longa duração, a uma história problema, que pretendia compreender e problematizar (DOSSE, 1994:64). Os historiadores que faziam parte desse movimento discordavam de qualquer modelo que pudesse limitar sua abordagem, “qualquer modelo filosófico prévio que pudesse engessar a liberdade de abordagem na busca de história total” (FONSECA, 2012:67).

¹ Mestranda em Direito, *bolsista*. Linha de pesquisa: Teoria e História da Jurisdição, no Centro Universitário Internacional – Uninter.

² Mestrando em Direito, *bolsista*. Linha de pesquisa: Teoria e História da Jurisdição, no Centro Universitário Internacional – Uninter.

Peter Burkner (1991:12) dividiu o movimento em três fases.

Em sua primeira fase, de 1920 a 1945, caracterizou-se por ser pequeno, radical e subversivo, conduzindo uma guerra de guerrilhas contra a história tradicional, a história política e a história dos eventos. Depois da Segunda Guerra Mundial, os rebeldes apoderaram-se do establishment histórico. Essa segunda fase do movimento, que mais se aproxima verdadeiramente de uma “escola”, com conceitos diferentes (particularmente estrutura e conjuntura) e novos métodos (especialmente a “história serial” das mudanças na longa duração), foi dominada pela presença de Fernand Braudel. Na história do movimento, uma terceira fase se inicia por volta de 1968. É profundamente marcada pela fragmentação. A influência do movimento, especialmente na França, já era tão grande que perdera muito das especificidades anteriores.

Deste movimento, Lucien Febvre e Marc Bloch foram os grandes expoentes do que se denominou de Revolução Francesa da Historiografia. “O movimento dos Annales, em sua primeira geração, contou com dois líderes: Lucien Febvre, um especialista no século XVI, e o medievalista Marc Bloch” (BURKER, 1991:19). Febvre e Bloch foram os fundadores da revista que simboliza esse movimento, “originalmente chamada Annales d’histoire économique et sociale, tendo por modelo os Annales de Géographie de Vidal de la Blache, a revista foi planejada, desde o seu início, para ser algo mais do que uma outra revista histórica. Pretendia exercer uma liderança intelectual nos campos da história social e econômica” (BURKER, 1991:26).

Como expoente da primeira geração deste movimento, Marc Bloch destacava que: “objeto da história é, por natureza, o homem. Digamos melhor: os homens. Mais que o singular, favorável à abstração, o plural, que é o modo gramatical da relatividade, convém a uma ciência da diversidade” (BLOCH, 1992:40). Os homens são o objeto que a história deve capturar, toda a história é uma história problema, história interdisciplinar, e não narrativa (BLOCH, 1992:24). Portanto, a história é a ciência do homem no tempo.

Em sua Apologia da História, Marc Bloch afirma que conhecimento do presente é diretamente ligado para a compreensão do passado, e não ao contrário. “Acrescentem que, ao proceder, mecanicamente, de trás para frente, corre-se sempre o risco de perder tempo na busca das origens ou das causas de fenômenos que, à luz da experiência, irão revelar-se, talvez, imaginários” (BLOCH, 1992:49). A história não é ciência do

passado, não se limita a pensar a natureza sob os olhos da cientificidade da história como sendo apenas passado, mas sim sob os olhos do homem.

Do caráter da história como conhecimento dos homens, traz uma oposição ao positivismo, ao passo que especialistas nesse método se indignaram com o fato de que nos trabalhos históricos, o público se importasse excessivamente com a “forma”. Os fatos humanos são, por essência, fenômenos muito delicados, entre os quais muitos escapam a medida matemática. Para bem traduzi-los, ou penetrá-los e compreendê-los, faz-se necessário uma grande finesse de linguagem, que seria a interpretação. Onde calcular é impossível, impõe-se sugerir. (BLOCH, 1992:40).

No segundo capítulo, Bloch ressalta a importância do testemunho. A importância do testemunho voluntário e involuntário, marca deliberadamente para informar o historiador, os relatos fornecem um enquadramento cronológico, mais é importante salientar que não só os testemunhos devem guiar o historiador, mas a investigação sobre a veracidade e alteração desses documentos (BLOCH, 1992:68). Quando a história é contada a partir dos testemunhos involuntários, está-se dizendo que ela não se limita as fontes documentais, de modo que tais testemunhos devem ser levados em conta, todavia o testemunho por si só não fala. Os documentos não falam por si, senão quando são interrogados, numa crítica a observação passiva do documento, contra a submissão ao documento. A escolha ponderada das perguntas tem que ser extremamente flexível a diversidade dos testemunhos históricos (BLOCH, 1992:20).

No capítulo três, a crítica, o autor foca suas atenções sobre a crítica ao testemunho (BLOCH, 1992:64). A dúvida e a problematização do documento é essencial para estabelecer marcos críticos, é quando a dúvida em si, torna-se problematizadora e examinadora, que então o documento nos serve. Cabe ao historiador usar da brevidade ao compor suas notas e análises dos documentos (BLOCH, 1992:68).

O que importa não é contar a história tal como foi narrada, ou tal como está escrita em um documento considerado válido e dotado de veracidade, mas sim trazer à tona a verdade, dentro de uma análise crítica.

Descobrir os motivos da apresentação e formulação desses documentos, buscando os autores dessas falsificações. Abrindo uma nova perspectiva de análise e investigação histórica. A importância de entender a falsificação está dentro do papel do historiador, o qual se assemelha, para Bloch, ao papel do investigador (BLOCH, 1992:22).

No quarto capítulo, “A análise histórica”, destaca-se que o historiador deve julgar ou compreender? Jamais se compreende o bastante. Sempre se julga um pouco demais. A história deve ajudar a curar esse defeito, ao passo que ela é uma vasta experiência de variedades humanas, um longo encontro dos homens. A vida, como a ciência, tem tudo a ganhar se esse encontro for fraternal (BLOCH, 1992:88).

Bloch reforça a ideia de que ninguém consegue ser completamente imparcial e que buscar isso é um erro. O alerta que o escrito nos dá, refere-se, portanto, a questão da compreensão. Não se deve ter uma postura passiva diante dos fatos, o documento é como um filtro dessa explicação (BLOCH, 1992:90).

A história, nesse sentido, deve ser tida como ciência autêntica, centrada em buscar ligações explicativas entre os fenômenos sociais (BLOCH, 1992:107/108).

A história se torna mais complexa, pois suas dificuldades consistem em sua própria essência, ela estuda algo variável, volátil, que é a consciência humana. Para compreender melhor o homem no tempo, é de muita importância o estudo de sua vida social, é preciso estar atento nos termos de formulação das suas possibilidades. O historiador, através de uma escolha concentrada, delimita seus problemas e levanta de uma forma precisa uma temática, sob a qual ele se debruça, analisa, investiga, interroga e compreende.

A proposta apresentada no livro que se atribui a essa parte, é o convite a repensar as durações do tempo e a limitação que essa cronologia impõe aos historiadores.

Após a demarcação dos principais destaques da primeira geração da historiografia francesa, surge o historiador Fernand Braudel, figura que marcou a segunda geração da Escola dos Annales, no período entre 1945 a 1968. Braudel era amigo de Lucien Febvre, considerado seu sucessor e foi quem, em 1956, assumiu a direção da Revista dos Annales e buscou transformar a visão do historiador sobre o tempo e o espaço, objetivou recolocar os grandes projetos da política no contexto histórico e geográfico natural. Estudou as forças permanentes que atuavam sobre a vontade humana, citando o mediterrâneo como um grande tema historiográfico, objeto de seu livro “O Mediterrâneo na época de Filipe II”. Com isso, transformou de modo decisivo a visão do historiador sobre o tempo e o espaço (FONSECA, 2012:68-69-71).

Com a Escola dos Annales a história passa a fazer o uso das mais variadas fontes (que vão desde diários de adolescentes até vestígios arqueológicos). Um dos

instrumentos mais utilizados, aplicado com entusiasmo, especialmente nos anos 50 e 60, foi a história quantitativa ou história serial (FONSECA, 2012:77).

A história quantitativa dá ensejo a uma importante linha de pesquisa, a história demográfica, e mais tarde vai invadir inclusive os domínios da história social e mental. Nota-se como esta tendência também se articula com o abandono da história política. Ou melhor: com a reação a ideia de que a história era essencialmente política (BURKER, 1991:51-52). “Para os integrantes do movimento dos Annales “tudo tem história” (as produções sobre as mentalidades e imaginário social bem o demonstram)” (FONSECA, 2012:77). Percebe-se uma explosão temática notável com abordagens tão inusitadas como a morte, a linguagem, entre outras temáticas que causaram profundo impacto na historiografia francesa. Assim, inaugura-se uma nova história, da área dos vencidos, que não tinha lugar numa perspectiva eminentemente política (FONSECA, 2012:77).

“A história é a soma de todas as histórias possíveis – uma coleção de misteres e de pontos de vista, de ontem, de hoje, de amanhã” (BRAUDEL, 1965:272). O historiador deve recusar o tempo dos acontecimentos, para olhá-los de longe, passar ao tempo de longa duração, construir e reconstruir (BRAUDEL, 1965:288).

A história se desdobraria em três planos: um tempo geográfico, um tempo social e um tempo individual, ou, em história estrutural, conjuntural e factual. “A geo-história arbitra, determina, fundamenta o horizonte intransponível, não se deixa fechar no extrato da realidade humana, engloba tanto os fenômenos de ordem climática quanto os fatos culturais. A geo-história absorve tudo e permite a realização dessa história total que Fernand Braudel tanto defende” (DOSSE, 1992:54). Assim, a geografia teria papel de grade de leitura da sociedade, o que se denominou de geo-história, tendo um olhar mais espacial do que temporal. (DOSSE, 1992:54).

O elo com a geografia não pode ser encarado como algo específico dentro da metodologia dos Annales, mas deve ser inserido num esforço interdisciplinar, abrangendo o campo da história para diversas áreas (BURKE, 1991:21). A historiografia do Annales buscou uma história total, a história de todas as atividades humanas (BURKE, 1991:11).

Enfim, na segunda fase outras perspectivas ganharam espaço como: a história quantitativa, começando pela história econômica, imigrando para história social especialmente a história populacional, indo para a história cultural já na terceira fase do movimento (BURKER, 1991:51-52).

Em 1968 se inicia a terceira fase desse movimento, marcado pela fragmentação (BURKER, 1991:12). “O desenvolvimento desta nova perspectiva culminará com o lançamento de uma nova denominação para o movimento, que reivindica, por seu lado, a descência legítima com os “Annales”: é a “Nova História”. Não houve um grande expoente, mas alguns personagens se destacaram, tais como: André Burguiere, Marc Ferro, Jacques Le Goff, Emmanuel Le Roy, Robert Mandrou, Philippe Aries, Jacques Le Goff, Georges Duby e Jacques Revel (LE GOFF, 1991:37).

Nesse momento fica até difícil falar numa escola porque os métodos, os novos problemas, os objetos, as formas como eles eram trabalhados, já eram tantos, que fica difícil destacar o que marcou a terceira fase e/ou geração. Essa descentralização caracterizada pela pluralidade de ideais surgiu e floresceu, juntamente com o diálogo com as outras disciplinas e com outras áreas do conhecimento, tais como: a aproximação com a Antropologia, com a Sociologia de Durkheim, com a Economia, com as Ciências Biológicas.

Jacques Le Goff (1991:48), neste aspecto, destacou três evoluções interessantes:

A primeira, no próprio campo das ciências humanas, é o interesse pela psicanálise. Dele resultou, inclusive, o nascimento de uma história psicanalítica. (...)

A segunda via é a do encontro da história com as ciências exatas, em particular com a matemática. Aqui também, uma nova ciência nasceu, a matemática social, mas a sua utilidade tem sido até hoje mais clara para a sociologia, a psicologia, a linguística e a geografia, do que para a história.

A via mais promissora talvez seja a que tende a baixar, senão a derrubar as paredes entre as ciências humanas (em primeiro lugar, a história) e as ciências biológicas.

Esta geração trouxe os holofotes às mulheres, tais como: Christiane Klapisch; Arlette Farge; Mona Ozouf e Michèle Perrot. Os historiadores anteriores dos Annales haviam sido criticados por deixarem a mulher fora da história, ou mais exatamente, por terem perdido a oportunidade de incorporá-la à história de maneira mais integral. Georges Duby e Michèle Perrot, por exemplo, estavam empenhados em organizar uma história da mulher em vários volumes. Ressaltando o fato de que as diferenças de gênero fazem sentido ao serem estudadas na história. O estudo da história de um ponto

de vista masculino esquece de que as experiências históricas das mulheres foram bem diferentes das dos homens, da mesma época, por conta dos papéis sociais das mulheres nessa sociedade, os limites e os preconceitos (BURKE, 1991:62).

Nesse momento a história das mentalidades foi redescoberta. “A tentativa de empregar métodos quantitativos na história cultural e, finalmente, a reação contrária a tais métodos, quer tomem a forma de uma antropologia histórica, um retorno à política ou o ressurgimento da narrativa” (BURKE, 1991:63). As principais características desta nova fase são um diálogo, parte de alguns epígonos do movimento, com o Marxismo (principalmente Michel Vovelle e Pierre Vilar) e um desenvolvimento crescente do interesse pela história das mentalidades (BURKE, 1991:87-88). Esta geração voltou-se para uma história das mentalidades, pelo imaginário social, pelos métodos quantitativos, por uma aproximação da disciplina com a antropologia, em favor da micro-história, bem como uma certa reconciliação com a política e mesmo o acontecimento (BURKE, 1991:94-95).

François Dosse (1992:187-188) afirma como perspectivas dessa terceira geração que:

(...) as forças essenciais do discurso dos Annales, que se adapta a nossa sociedade moderna ao nos restituir a história em migalhas, quantitativa, ao decompor a totalidade histórica em objetos heterogêneos, ao apresentar o universo imóvel em que a mudança é somente técnica ou cultural, jamais social ou política. Não há mais nessa Nova História a racionalidade trabalhando na duração. Essa crise da consciência histórica encontra certamente suas raízes profundas, para além das orientações da escola dos Annales, na modernidade que acaba por estruturar nossa visão do mundo e do tempo, no capitalismo multinacional que congela toda ruptura em potencial em nome dos imperativos produtivos do mercado. Mas a escola dos Annales traduz bem pela temática e pelos paradigmas esse abandono da ambição histórica de recuperar a memória coletivo. Outro fator desempenhou papel importante: a busca da defesa da disciplina histórica contra o sucesso crescente das outras ciências sociais mais novas, mais inovadoras. (...). Esse contra-ataque disciplinar consistiu essencialmente em despojar as ciências sociais de seus atributos, métodos e discurso para apropriar-se deles.

Nessa nova história em migalhas explodem diversas temporalidades (econômicas, políticas, mentais, etc.) independentes entre si e que renunciam a uma visão globalizante (história síntese de Bloch), mas, essa mudança não enterrou todas as contribuições trazidas pela Escola Francesa. Pelo contrário, fez o movimento integrar essas perspectivas que estavam em voga. Também, surgiu outro olhar sobre os eventos, que começa a questionar o fato de que os eventos não só refletem a estrutura, criam rupturas que efetivamente alteram a estrutura.

Assim, com o renascimento do acontecimento, do evento, leva-se a uma nova história, nova análise da história.

O renascimento do discurso histórico passa pela ressurreição daquilo que foi rejeitado desde o começo da escola dos *Annales*, o acontecimento. Essa repressão do acontecimento leva a história para o caminho da diluição daquilo que fundamenta sua especificidade e sua função. Ela é a única prática que tem o poder de perceber a dialética do sistema e do acontecimento, a da longa e da curta duração, a da estrutura e da conjuntura. Claro está que não se trata de preconizar o retorno da história lavissiana, esta foi irremediavelmente relegada ao estatuto de objeto de divertimento e de evasão, mesmo se alguns esperam seu renascimento, com o retorno do velho e bom relato sobre nossos heróis nacionais, nossos homens incomuns e os embates de alcovas. Reencontrar, enfim, após essa história massificada sobre os campônios, o fausto dos salões mundanos, os brilhos, as sedas e camas de baldaquim, percorrido pelas elites sociais dos tempos passados. É preciso rejeitar essa falsa alternativa entre o relato factual insignificante e a negação do acontecimento. Trata-se de fazer renascer o acontecimento significativo, ligado às estruturas que o tornaram possível, fonte de inovação. (...). O trabalho histórico passa também pela superação do recorte presente-passado, pela relação orgânica entre os dois a fim de que o conhecimento do passado sirva à melhor inteligibilidade de nossa sociedade (DOSSE, 1991:258).

Portanto, as tarefas da Nova História se referem a uma nova concepção do documento, acompanhada de uma análise crítica desse documento; um retratamento da noção do tempo, demolindo a ideia de tempo único, linear e homogêneo e o aperfeiçoamento de métodos de comparatismo, a fim de comparar o que é possível ser comparável (LE GOFF, 1990:54-55).

2. A Dificuldade Inicial de Diálogo entre a Escola Francesa e a História do Direito

Em princípio o diálogo entre os historiadores franceses e o Direito não foi muito amistoso, com exceção de Marc Bloch. Na verdade, houve uma dificuldade de diálogo que impediu certa conexão (FONSECA, 2012:81), visto que a Escola dos Annales surgiu justamente como reação a uma história política, de cunho positivista, com a qual a história do direito sempre parecia se identificar. Os Annales buscavam um esforço interdisciplinar e preocupação com o presente, opondo-se a história do direito (HESPANHA, 1986:17). O ofício do historiador do direito e a perspectiva da escola francesa foram destacados por Antônio Manuel Hespanha (1986:18), da seguinte forma: a história dos Annales surgiu contra uma política da história, sempre centrada no Estado e, por reflexo, no direito. Este sempre encarado de modo elitista e individualizante, reduzindo a história do direito às normas ou as construções doutrinárias sobre estas normas.

Com relação a história quantitativa, ponto central dos Annales, que visa apurar os fatos, não teria espaço numa tal história do direito. Já que o jurista separa o fato da norma, como se fossem independentes entre si, sendo que a história do direito está confinada nas faculdades de direito. Restrito aos objetivos jurídicos sem interlocução com os historiadores sociais, sendo que os propósitos das pesquisas historiográficas do direito pareciam estar limitados a interpretação histórica das normas ou a demonstração de como o direito atual é resultado lógico e coerente da história. (HESPANHA, 1986:18-19)

Paolo Grossi (2009:12), também, destacou o distanciamento entre os historiadores e os juristas:

Certamente, o jurista tem seus olhos e suas lentes, tem os próprios instrumentos de mensuração do mundo, os aprestos técnicos, ou seja, específico e especialista; o dele é um observatório autônomo do real, e isso é inabdicável, como é inabdicável um traço caracterizador impresso na própria individualidade. Pode ser isso que cause repugnância aos novos historiadores: enamorados da globalidade da experiência, voltados a abater as fronteiras entre especialistas, ...

Ademais, a história do direito sempre se voltou basicamente para uma história de “curta duração”, com investigações legislativas ou descobertas doutrinárias, renegando as “estruturas” ou “permanências”. Quando se voltava para a linha da longa duração, utilizava um sentimento linear e progressivo de modo a justificar a existência presente de uma dada tradição.

Por fim, ainda, em virtude da linearidade do discurso historiográfico jurídico tradicional, de sua aparente continuidade e sua identidade entre o direito passado e o direito presente, o trânsito pelas searas teóricas da história do direito acabava exigindo requisito básico: que o historiador do direito fosse também um jurista (HESPANHA, 1986:20).

3. Contribuições entre a Escola Francesa e a História do Direito

Ao contrário da dificuldade prematura de diálogo, há uma série de conexões e contribuições entre a Escola Francesa e a História do Direito. Na verdade, não há justificativa real para explicar as razões de distanciamento entre os historiadores dos Annales e o direito, visto que é possível a aproximação entre a disciplina que se ocupa do passado jurídico e a metodologia dos Annales (FONSECA, 2012:84).

“Ignorar o direito parece uma operação culturalmente negativa, já que é um simplismo redutivo perante a complexidade do real, do qual – se queira ou não – aquele é parte integrante”. Ademais, o jurista é o interlocutor privilegiado e o diálogo entre os Annales e o direito tendem a trazer muitos frutos, pois ambos têm escolhas de fundo que os associam (GROSSI, 2009:17).

Hespanha faz questão de frisar que a necessidade de observar o direito na sociedade, estratégia esta que *“domina a historiografia contemporânea a partir da Escola dos Annales, leva a uma história do direito intimamente ligada à história dos diversos contextos (cultura, tradições literárias, estruturas sociais) com os quais o direito funciona”* (HESPANHA, 1997:23).

Ainda, o direito como linguagem deve ser estudado já que possui uma estrutura histórica autônoma face as intenções dos sujeitos e é capaz de criar conceitos, modelos e mesmo instituições (FONSECA, 2012:84).

Também, há conexão entre a investigação da história do direito vinculada à Nova História, no que diz respeito às novas formas de abordagem com relação à questão do poder. O revigoramento da história política na última fase dos Annales (de orientação de pesquisa diversa daquela usada pelos fundadores do movimento, avessos à política) traz consequências importantes para o direito. É que o poder é visto de forma descentrada, não necessariamente coligada ao Estado, fazendo com isto que as perspectivas de análise política possam se multiplicar. Aqui são importantes tanto os conceitos gramscianos de direção e domínio, a demarcação da existência de relações de poder tanto dentro da instância burocrática estatal, a sociedade política, quando dentro dos aparelhos privados de hegemonia, a sociedade civil (FOSECA, 2012:85). O importante é que são descortinados novos objetos e novos problemas para a história do direito: as relações jurídicas não ficam limitadas aos problemas existentes entre o súdito e o Estado, tal como concebe a doutrina jurídica tradicional (WOLKMER, 1994:23 apud FONSECA, 2012:86).

Partindo desses pressupostos, Paolo Grossi (2009:17-18) uma infinidade de semelhanças e contribuições entre os historiadores da Escola Francesa e a História do Direito.

A desconfiança em relação ao *événementiel*, pelo que acontece no rápido vórtice do cotidiano. O jurídico não se alinha no cotidiano, nunca se esgota na superfície da realidade, mas é sempre ponta que surge de uma raiz profunda, que pesca no profundo de uma civilização. O direito ou é valor de uma civilização, ou não o é.

O tempo de longa duração, também, foi lembrado como sendo o tempo real do direito, pois é o tempo dos estratos mais profundos, dos níveis mais estáveis. O direito e os institutos jurídicos são, antes de tudo, mentalidades (GROSSI, 2009:18-19). Ou seja, ligados aos que os novos historiadores chamam de civilização e mentalidades (LE GOFF, 1990:48-49).

Após todas as revoluções, as mudanças na sociedade com a chegada e saída de novos governantes e suas ideologias, o historiador do direito tem sua função repleta de mudanças, penetrada numa história lenta e pesada. Não o tempo comum dos relógios, mas o tempo de longa duração (GROSSI, 2009:19).

Sendo assim, Grossi (2009:19) explica a conexão entre os historiadores dos Annales e o historiador do direito,

o incômodo decorrente de a uma cronologia desenraizada e, juntamente, o incômodo devido aos ídolos das origens, a particular atenção, ao contrário, ao momento sincrônico.

Ligado como é aos valores irrepetíveis de uma civilização, o universo do jurista é marcado pelas fronteiras da experiência que sobre essa civilização se desenvolveu. Aos seus olhos, o problema da “continuidade” – velho e nunca suprimido vício da historiografia positivista – tem o cheiro do formalismo esquemático e superficial como foi tradicionalmente posto.

É evidente a ligação entre a história social e o direito. Um exemplo foi descrito pelo testemunho de March Bloch.

O seu itinerário científico é iluminador: de 1924, ano dos Rois thaumaturges, a 1929, ano dos Caractères originaux de l'histoire rurale française, a 1939-1940, anos da Société féodale, pode ser corretamente interpretado como uma cada vez mais viva e intensa tomada de consciência da centralidade da dimensão jurídica em meio ao social (GROSSI, 2009:20).

Isto posto, o enraizamento do discurso jurídico na prática social é algo que não pode ser ignorado pela história do direito. Privilegia o que se chama de história social da linguagem, que enfatiza a história do “falar”, história da comunicação, pondo em evidência a importância da linguagem na vida cotidiana, presente e passada.

Em conclusão a respeito dos pontos de convergência, Grossi (2009:20-21) afirma que:

As estradas da nova história no amplo território do social e do coletivo podem ser, por um bom trecho, também as nossas. Desde que o gosto, que do coletivo, ou seja, do macrossocial, desce ao microssocial, não nos leve a um espaço em que seja mais difícil discernir história e meta-história. Somos gratos aos homines novi dos Annales por terem recordado que a história de um castelo feudal não se identifica com a crono-história das

batalhas combatidas e vencidas pelo senhor feudal, já que o castelo é a convivência de um ordenado conjunto de pessoas e coisas;

Realmente existem contribuições entre os Annales e a história do direito, deve haver um diálogo entre o historiador social, o historiador do direito e o jurista, recuperando o direito que se insere dentro do tecido social de uma civilização. Essa recuperação serve para analisar o papel que o direito tem desempenhado nas sociedades e nas culturas. Voltando-se o olhar para a história o papel do jurista sempre de grande valia tanto na Idade Média como na Idade Moderna (GROSSI, 2009:21-22).

Portanto, se o Direito sempre teve e terá papel protagonista no seio da sociedade e a história, sob essa nova concepção originada com os Annales, é a ciência dos homens no tempo, deve haver esse diálogo e contribuições recíprocas na busca da investigação de novos domínios, novos instrumentos de investigação, visando uma ciência global do homem, mas uma história vivida por todos os homens (LE GOFF, 1990:56-57). Uma ciência dos homens e dos fatos, dos fatos vividos pelos homens, os quais serão interpretados em cada caso (FEBVRE, 1982:29).

4. Conclusão

A Escola dos Annales trouxe uma revolução na historiográfica com crítica veemente a história tradicional (positivista) e a linearidade da história. Os Annales surgiram dando ênfase ao tempo de longa duração, a uma história problema, história interdisciplinar, e não narrativa. Seria uma história que pretendia compreender e problematizar, uma ciência do homem no tempo, que pretendia trazer à tona a verdade, dentro de uma análise crítica. Com a Nova História houve reformulação da noção do tempo, demolindo a ideia de tempo único, linear e homogêneo e o aperfeiçoamento de métodos de comparatismo.

Em razão de toda revolução trazida pela historiografia francesa, em princípio, houve dificuldade de diálogo entre os Annales e a História do Direito, já que se dizia que a história do direito era elitista, individualizante, reduzindo o direito às normas e as faculdades de direito. Também, porque a história do direito era voltada para uma história de “curta duração”, renegando as “estruturas” ou “permanências”. Quando se voltava

para a linha da longa duração, utilizava um sentimento linear e progressivo de modo a justificar a existência presente como consequência do direito do passado.

Ocorre que, descortinou-se a dificuldade inicial e aparente de diálogo, para demonstrar que há conexões entre os Annales e a História do Direito, com uma série de contribuições. A história do direito está intimamente ligada aos diversos contextos, tais como: cultura, tradições literárias e estruturas sociais. Há ligações entre ambas relacionadas as novas formas de abordagem com relação à questão do poder.

Na verdade, a história do direito volta-se ao tempo de longa duração, tempo dos estratos mais profundos, dos níveis mais estáveis, já que os institutos jurídicos são mentalidades. Ou seja, ligados aos que os novos historiadores chamam de civilização e mentalidades, sendo que o historiador do direito tem sua função repleta de mudanças, penetrada numa história lenta e pesada.

Isto posto, há uma série de contribuições entre a historiografia francesa e a história do direito, vez que o direito tem papel protagonista na sociedade e a história do Annales, como ciência dos homens no tempo, busca novos caminhos. Assim, o diálogo entre ambos deve ser mais próspero, na investigação de novos domínios, de novos instrumentos de investigação, visando uma ciência global do homem.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BLOCH, Marc. **Apologia da História ou O Ofício de Historiador**. Tradução: André Telles. 1.ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1992.

BRAUDEL, Fernand. **História e Ciências Sociais**. A longa duração. Tradução: Ana Maria de Almeida Camargo. Paris. Revista de História, v. XXX, n. 62, abr./jun., 1965.

BURKER, Peter. **A Escola dos Annales (1929-1989): a revolução francesa da historiografia**. Tradução: Nilo Odália. 3.ed. São Paulo: Unesp, 1991.

DOSSE, François. **A História em Migalhas: dos Annales à Nova História**. Tradução: Dulce A. Silva Santos. 2.ed. São Paulo: Ensaio, 1994.

FEBVRE, Lucien. **Combates por La Historia**. Tradução: Francisco J. Fernandez Buey y Henrique Argullol. 5.ed. Barcelona: Ariel, 1982.

FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introdução Teórica à História do Direito**. 3.ed. Curitiba: Juruá, 2012.

GROSSI, Paolo. **História Social e Dimensão Jurídica**. *In*: Revista Meritum, Belo Horizonte, v. 04, n. 02, jul./dez. 2009.

HESPANHA, António Manuel. **Nova História e história do direito**. *In*: Vértice. Coimbra, v.46, n. 470-472, abr./jun.1986.

_____. **Panorama Histórico da Cultura Jurídica Européia**. Lisboa: Europa América, 1997.

LE GOFF, Jacques. **A História Nova**. Tradução: Eduardo Brandão. 1.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1990.

QUESTÃO DE MÉTODO: UMA CIÊNCIA PARA QUAL DIREITO? DO JUSNATURALISMO À TEORIA CRÍTICA. PALMILHANDO O PLURALISMO JURÍDICO

Claudia Chipon Staude¹
Jackson Roberto Morais Alves²

RESUMO

O presente trabalho fez uma incursão no desenvolvimento do pensamento jurídico moderno, especialmente, a partir do advento do paradigma da consciência (ou do sujeito) inaugurado pela razão e método cartesianos e sua ruptura com o modelo aristotélico-tomista, trazendo para o epicentro da epistemologia a díade: sujeito e objeto, e seu reflexo direto na ciência jurídica e suas formas predominantes (jusnaturalismo e positivismo dogmático). Verificou-se, que essas formas predominantes sofreram forte reação a partir da percepção e elaboração da crítica da sociedade desenvolvida pela Escola de Frankfurt e seu raiz neomarxista, chegando ao direito para nele também propiciar idêntica crítica e, em razão de identidade com as vertentes do pluralismo jurídico, e munido da proposta metodológica da dialética da participação, criarem

¹ Possui graduação em Farmácia e Bioquímica pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2000). Exerceu a função de monitória na disciplina de Bioquímica I e II durante o curso de Farmácia, preparando aulas práticas e auxiliando os acadêmicos com aulas teóricas de reforço. Tem experiência na área de Farmácia de dispensação, gestão de pessoas, gerência financeira e administrativa. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Internacional Uninter (2015). Certificado Melhor Aluna concluinte do curso de Bacharelado em Direito da turma de ingresso 1º Semestre de 2011, com média geral 9,03. Aprovada no XIX exame da Ordem dos Advogados do Brasil. Pós Graduada em Direito Penal e Criminologia pelo Centro Universitário Internacional Uninter (2016); tema do trabalho de conclusão do curso - Criminologia Crítica: reação social, o poder de punir com a nota final de 9,8. Pós Graduada em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário Internacional Uninter (2017); tema do trabalho de conclusão de curso - Direito de Família na Lei n. 13.105/2015 - Métodos Consensuais - Mediação com a nota final de 9,0. Estagiária de Pós Graduação na Ouvidoria-geral do TJPR (2016-2017); Estagiária de Pós Graduação Voluntária no Gabinete Exmº Desembargador Mário Luiz Ramidoff (2017 - 2019); PPGD - Uninter - Mestrado em Direito - Mestranda (início - 2018) - Bolsista (PPGD Uninter) Orientador da Pesquisa - Professor Celso Luiz Ludwig - Coorientador - Professor Rui Carlo Dissenha - Tema da Dissertação - Decisão Judicial e Subjetividade, os limites argumentativos e hermenêuticos da decisão judicial penal. Resumo de trabalho aceito no III Congresso Internacional de Direitos Humanos de Coimbra. Prêmio Menção Honrosa de Apresentação de Trabalho SPIC (Centro Universitário UNICURITIBA 2018). Prêmio Menção Honrosa de Apresentação de Trabalho ENFOC (Centro Universitário Internacional UNINTER 2018).

² Mestrando em Direito - Linha de Pesquisa: Teoria e História da Jurisdição (UNINTER 2018) - Dissertação: Hermenêutica Constitucional e Direito de Resistência: Instrumentos e possibilidades de Afirmação dos Direitos Fundamentais. Crítica Dogmática e Utopias Possíveis Pós Graduação - Especialização: Direito Penal Econômico (Incompleto). (Universidade Positivo 2014). Pós Graduação - Especialização: Direito Tributário e Processual Empresarial (PUC/PR 2013) Pós Graduação - Especialização: Direito Constitucional (FEMPAR/2012) Graduação em Filosofia - Universidade Federal do Paraná (Incompleta) Graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2002). Professor em Cursos Preparatórios para Concursos públicos nas disciplinas de: Direito Constitucional/ Direito Tributário/ Direito Administrativo / Direito Eleitoral

possibilidades do descortinar de um horizonte formado por um novo paradigma marcada pela busca de um práxis voltada à emancipação social.

Palavras-Chaves: *jusnaturalismo; positivismo; teoria crítica do direito; pluralismo jurídico.*

1. Introdução

Investigar a cientificidade de qualquer objeto e sua relação com o conhecimento é a própria atividade filosófica. No caso específico das ‘ciências jurídicas’ o debate transita em torno de sua possibilidade epistêmica e os métodos são tão variados quanto são seus detratores e críticos. É que no caso do direito, a história demonstra uma variedade muito grande de teorias, desde a Antiguidade clássica, que têm como finalidade a análise, captura e delimitação de sua essência; claro, que no decorrer dessa trama histórico-epistemológica, sobressaíram algumas correntes que passaram a ocupar posição mais longeva, tendo influenciado, assim, todo um percurso de ‘fazer direito’ e, de consequência, promovendo o desenho do ordenamento jurídico durante os séculos, falamos, por certo: do jusnaturalismo e do juspositivismo, respectivamente, direito natural e direito positivo, do qual faremos essencial análise no curso desse trabalho.

Mas, se aqueles dois modos de ‘saberes jurídicos’ ocuparam, ao menos nos últimos séculos, o protagonismo no âmbito jurídico, não é indubitável que outras vertentes também subiram à superfície, fomentando debates, pesquisas e estudos dos mais variados graus e intensidades. É dessa constatação que também nos ocuparemos daquela vertente de origem marxiana, muito mais afeita à realidade cotidiana, práxis, calcada no ‘paradigma da cotidianidade’ e compromissada, assumida e corajosamente, com o papel emancipador (e transformador) do direito, eis que no descortinar dessa proposta, exsurge a Teoria Crítica do Direito.

Buscando uma fidelidade própria a essência daquela Teoria, cuja proposta é uso do direito como ferramenta de transformação social, é que se buscará, aqui, uma nota dialógica sua com o pluralismo jurídico e a democracia no contexto contemporâneo, sobretudo na realidade latino-americana e

brasileira, pois se o direito realmente importa, seja como nível de uma instância da realidade experimentada (leia-se, não presa a um sistema ideal-abstrato) ou como (e por isso mesmo) compromisso de uma agenda fenomênica (prática) seu estudo só faz sentido enquanto amalgamado com o processo político-social em que estamos todos, inexoravelmente, condenados e inseridos, mas sempre numa perspectiva em permanente construção.

Ali já o apontamento (construções sociais e não abstratas) de um flerte com a Teoria Crítica do Direito e seu 'desencanto' com a estrutura e o caráter abstrato excessivos que marcaram, tanto o jusnaturalismo e seu arquétipo metafísico, de tipo imutável de pretensão universalizante, e igualmente o positivismo, com sua sanha inarredável pela validade formal como razão última do sistema jurídico.

Dadas essas duas visões, como dissemos, protagonistas enquanto 'modos de saberes jurídicos', expressão cunhada e preferida de Luis Fernando Coelho é que se revela a Teoria Crítica do Direito amparada, primeiro, na percepção de um esgotamento para atender as exigências sociais de um mundo em frenética transformação, e, segundo, amparada numa episteme de caráter dialético, rendendo tributos à construção marxiana do direito, e sua exigência de compromisso com o processo histórico-social.

Dessa concepção, ou mesmo necessidade, fica indissociável a análise e a (inter)relação do direito com os pressupostos e condições do processo democrático, abrindo flanco, assim, para uma visão pluralista do direito ou pluralismo jurídico que é o momento de inflexão e de encontro entre a Teoria Crítica e o pluralismo próprio da democracia contemporânea, marcada pela diversidade de eticidades muito diferentes, tornando inescapável essa simbiose, se não num encontro real, ao menos na investigação de sua cientificidade.

2 A formação jurídica moderna: Justo por Natureza e Justo por Convenção - Pequeno esboço de seu percurso.

Um dos pontos mais imbricados e traumáticos quando se debruça sobre o fenômeno jurídico – e esta própria expressão pode significar em si mesma uma aporia – é a investigação da natureza e do *locus* do Direito na teoria do conhecimento, problema esse que será, rápido e amiúde, desenvolvido daqui em diante dentro da proposta singela de uma pesquisa de artigo científico dessa natureza.

Por razões de escolha didática, tomaremos como ponto de partida o pensamento jurídico já na modernidade, sem olvidarmos, entretanto, que isso não representa uma ruptura radical com os períodos que lhe foram antecedentes, haja vista que muitos elementos se mantiveram no tempo e/ou foram assimilados e assumiram novas configurações, mantendo, indistinto, seu traço essencial.

Ao que denominamos ‘modernidade’, assim resultado não de um processo histórico linear, mas antes d’uma ruptura de paradigma filosófico, tem seu nascedouro com a filosofia da consciência (ou do ser) e encontra em René Descartes seu expoente mais expressivo (LUDWIG, 2006, p. 55-56), naquele crucial momento em que o pensador francês põe abaixo a estrutura aristotélico-tomista de unidade do ser, trazendo para a teoria do conhecimento a dualidade de matéria/corpo e consciência/alma.

Com Descartes, então, eis inaugurada a era moderna, a era da certeza e do método científico (indutivo e dedutivo), com a aplicação dos princípios físico-matemáticos às demais áreas do saber humano. Assim é a ciência moderna (LUDWIG, 2006, p. 57-58).

O Direito e o pensamento jurídico não passariam incólume à concepção científica moderna, refletindo diretamente os conceitos, dentro do dualismo-cartesiano, de direito objetivo e direito subjetivo, e mais propriamente, o direito natural e direito positivo, ou, se se preferir, ‘justo por natureza’ e ‘justo por convenção’, ainda muito distante da concepção crítica que só se mostraria em fins do século XX e que abordaremos muito mais adiante.

2.1 Do Impacto das ciências modernas no pensamento jurídico

Dizer, como acabamos de fazê-lo, que o Direito sentiria também esse *pathos* científico inaugurado com as ciências modernas, é já assumi-lo dentro de uma proposta claramente científica, cuja cientificidade será a marca do labor e pensamento jurídicos. No caso específico do Direito, tal cientificidade seria reclamada pelo seu caráter de sistematização e a presença de princípios e regras próprios e específicos.

O início da modernidade, ou, das ciências modernas é acentuado por uma visão de mundo que, senão inteiramente inédita, vai deslocar todo o seu eixo – como aquele da terra para o sol – para a busca da verdade experimental (VILLEY, 2009, p. 587). Ou seja, se a herança aristotélico-tomista tinha seu ponto de inflexão em razões especulativas ou, mesmo quando experimental, era de tipo integral (e vulgar), já o modernos farão uso de uma experiência de tipo sofisticada, porque já municiada com instrumentos de observação e alta capacidade de mensuração, de modo o que resultado imediato será uma concepção de análise agora fria, objetiva e determinada a encontrar os resultados tais quais a natureza lhe ofereceria, pois lembrando Galileu, “*o livro da natureza está escrito em símbolos matemáticos*” (VILLEY, 2009, p.588).

A palavra de ordem, nesse contexto, não poderia ser outra que não uma tentativa assumida (e otimista) de se estabelecer uma ruptura entre filosofia e ciência, confiando a esta última uma natureza autônoma, porque não mais especulativa, mas que vê renascer um estoicismo (à maneira de Cícero) voltada a ação humana e a resultados práticos de atendimento a necessidades materiais; ou dito de outro modo, pensar o mundo agora é criar as condições de colocá-lo a serviço da humanidade, satisfazendo interesses e necessidades. Das quatro causas aristotélicas (formal, material, final e eficiente) interessa a eficiência prática, senhora odernadora do mundo.

Os pensadores seminais do século XVII e dessa incipiente era moderna, destaque para Francis Bacon, Pascal, e claro, Descartes, cuja gênese é a busca de uma verdade científica, portanto, estarão aferrados a uma objetividade que é a um só tempo pressuposto da ciência e também seu resultado final, condição mesma de controle e domínio da natureza. Dirá Bacon, “conhecer a natureza é, portanto, aumentar o poder do homem de se tornar senhor das coisas (VILLEY, 2009, p.593).

É, pois, o predomínio do 'método experimental', da dissecação de cada espaço da natureza e a busca de domínio pleno das suas causas e controle sobre os efeitos, tudo passa a ter uma finalidade específica: progresso material, condicionado pela frieza objetiva de análise empírica combinada a uma visão seca e desumanizada da natureza, cuja meta final é a utilidade prática.

Sofrendo impacto direto dessa nova concepção epistemológica, científica, o direito então passa a ser despido de valores tão próprios do método especulativo-contemplativo (agora abandonado) e será também resultado de frieza objetiva, assumindo uma 'teleologia' voltada ao progresso material. O pensamento jurídico estará encharcado dessa visão científica, rechaçando 'ideais de justiça' ou considerações outras de tipo metafísica, de modo que o fim do direito não será mais o 'justo' ou 'injusto' mas o útil; assim, se não se pode mais conhecer a justiça (no seu plano ideal-metafísico) posto que não se trata de um conceito unívoco e universal, é imperioso respeitar as intuições providencialmente estabelecidas, contexto esse no qual, a elaboração das leis deixa de ser tarefa do sábios filósofos para ser de inteira responsabilidade dos homens de Estado.

Eis, aqui, já principiada a estrutura do futuro positivismo oitocentista, já que o intérprete estará, nessa *frieza utilitarista*, adstrito à interpretação do texto de lei em sua literalidade e ordenação sistemática, ficando soterradas quaisquer pretensões à 'equidade', tão comum na antiguidade clássica, e ao papel criador do intérprete (VILLEY, 2009)

Retomando a influência do 'método cartesiano' no contexto inaugural da modernidade com o legado de sua superação da unidade corpo/alma (de tipo aristotélica), era inescapável que o direito também sentiria seus efeitos - e é justamente isso que estamos sustentando desde linhas anteriores -, pois ou bem o direito está situado no 'lado da alma' e do pensamento e assim moldará as regras a partir da produção mental, extraídas da dedução racional, eis o germe do 'direito natural' na versão moderna; ou o direito buscará suas raízes na matéria, amparado pela força dos indivíduos e dos grupos sociais (e do Estado) amparando-se, por sua vez, nas leis mecânicas (retoma-se Bacon) e nos fatos objetivamente determinados, sustentando-se, assim, na corrente naturalista (VILLEY, 2009, p. 606-607)

De todo modo, seja pela via da alma/pensamento (direito natural-racional) ou da matéria/corpo (naturalismo-objetivo), o único meio de se chegar à verdade é pelo apego à ordem, partindo dos conhecimentos inatos às consequências lógicas, com respeito absoluto a todas as etapas do raciocínio, de modo que podemos conjecturar, à guisa de uma (provisória) conclusão dessa época moderna que, *“desse ideal cartesiano do conhecimento desaparecem as antigas ferramentas que antes ocupavam tanto lugar na escolástica e na vida prática do direito: a dialética – a controvérsia em torno dos problemas. A dedução torna-se soberana, reinará até no direito”*(VILLEY, 2009, p.603).

Essa ‘morte’ da dialética sepultada pela filosofia moderna cartesiana é que será, então, a responsável direta pelo predomínio do ‘positivismo oitocentista’, cuja base, repita-se, foi forjada pela frieza do método científico de observação da natureza e sua imposição ao fenômeno jurídico por longo tempo, até, justamente sua renascença pelo pluralismo e o espírito crítico da teoria de inspiração marxiana, como já fizemos alusão em momento anterior.

2.2 A discursividade dos paradigmas dominantes: Ciência ou Ideologia?

Se, como vimos, o direito foi também imerso no discurso da cientificidade moderna do século XVII, enredado na frieza objetiva, onde se não se eliminou, ao menos, se colocou em suspenso as investigações metajurídicas, daria, à luz da realidade contemporânea fazer clara alusão a um discurso científico memo do direito? ou dito de modo mais direti, o contexto histórico filosófico da modernidade científica foi suficiente, por si só, a imprimir cientificidade ao direito ?

Ora, na viragem do século XVII (nosso marco temporal) para os séculos seguintes, retomando o qua há havíamos noticiado na introdução dessa pesquisa, o discurso jurídico foi dominado pela dicotomia: direito natural e direito positivo, cujas raízes do primeiro, ainda que já presentes na Antiguidade (BOBBIO, 2006, p.16), foi reintroduzida no medievo pelas filosofias cristãs (escolástica e patrística), só sendo superadas (não eliminadas integralmente) pelo positivismo normativo. Porém, essas leituras do direito estariam muito mais

ligadas a ideologias (ou modos de saber jurídico) que propriamente dotadas de uma episteme científica.

2.2.1 O Direito Natural (jusracionalismo)

Numa abordagem tradicional e acrítica, poder-se-ia em alguma medida atribuir cientificidade ao jusnaturalismo na medida em que postula uma construção baseada na 'reta razão', aquela de tipo estoíca e que foi resgatada por Cícero (Da República) e defendida como uma regra preexistente, absoluta, imutável e perfeita, fazendo nascer assim em Roma a Ciência Jurídica primeira (FASSO, 2006, p. 30).

De fato, se por um lado, o direito natural (jusracionalismo) é comumente identificado como ciência que vai contemplar o fenômeno jurídico como a busca da justiça universalmente válida, daí, seu critério essencial ser metajurídico, muito mais próximo, portanto, de uma especulação filosófica - o qual será refutado por Norberto Bobbio (BOBBIO, 2006, p. 57), dentre outras, em razão da impossibilidade de se estabelecer de forma unívoca e universal o tema da 'justiça', não sendo assim um critério válido posto que não resulta de uma verdade evidente e demonstrável, por exemplo, matematicamente.

Por outro lado é também identificado como portador de princípios gerais próprios que marcaram o paradigma teórico dos séculos XVI a XVIII, como *i) a crise e esgotamento da escolástica, ii) os avanços da astronomia e a ruptura com a física aristotélica por parte de Galileu, Kepler e Copérnico, iii) a possível construção de um sistema completo de Direito natural mediante o método axiomático-dedutivo, e não menos importante, iv) a valorização do método matemático, as observações científicas de Bacon e a introdução de processos de conhecimento baseado na razão humana (racionalismo cartesiano)*. (WOLKMER, 2006, p. 130-131)

No caso do direito natural, enquanto principal tendência idealista da tradição jurídica ocidental, foi servir de instrumento, logo, com pondo em risco seu pretense caráter científico, a serviço da classe burguesa crescida das ruínas do sistema aristocrático-feudal para consolidação dos seus interesses político-

econômicos, e mais importante: esse modelo, cuja matriz é a exigência de uma lei natural superior, eterna e imutável, tem por preceitos manifestações idealistas que revelam a crença: *num preceito de ordem divina; da ordem natural das coisas e do instinto social; da consciência e da razão do homem.* (WOLKMER, 2000, p.154)

O debate portanto sobre a natureza científica acerca do direito natural, todavia, permite-nos, com apoio em observação de ordem histórica, e aqui se deve assumir o processo histórico como elemento não apenas declarativo mas construtor da realidade política, econômica, jurídica e social, tão bem demonstrado pelos historiadores do direito (citar uma fonte), insinuarmos que a experiência passada do direito natural teve forte apelo e impacto como ideologia de classe, a classe burguesa-capitalista, sendo instrumental conveniente para uma transformação e favorável a grupos dominantes, muito assim se assemelhando ao papel que viria a ser desempenhado pelo positivismo jurídico do século XX.

Assim, se de um lado, a Teoria Crítica – como adiante será exposto – tem em comum com a herança moderna do direito uma episteme voltada para a realidade prático-objetiva, não é mais à *ordem* que ela será fiel tributária, tal como o ‘método positivista’ mas em sentido diametralmente oposto, será indutora de um processo de desconstrução com vistas à transformação da realidade social cujo horizonte a descortinar é a emancipação social dos indivíduos e das classes como condição de fortalecimento do processo democrático, eis a hipótese que sustentaremos adiante.

2.2.2 O Positivismo Jurídico: Que é direito? É a lei e a ordem.

Não a única, mas a mais bem sucedida e elaborada reação ao jusnaturalismo, já no contexto do século XIX foi a doutrina do positivismo de tipo normativo, cuja estrutura e razão finais está calcada na redução da justiça à validade das normas e ao poder de comando (BOBBIO, 2006, p.63).

Doutrina comum a muitos países europeus a partir do final do século XVIII, sua origem enquanto sistema de pensamento jurídico, lembra-nos Norberto Bobbio (BOBBIO, 2006, p. 45), está ligado à Escola História alemã, cujo

expoente máximo foi Savigny, formulada como uma reação radical ao 'direito natural' tendo assim preparado o terreno para o posterior desenvolvimento do positivismo jurídico.

Não é objeto dessa pesquisa, nem tampouco o espaço seria próprio, mas o positivismo jurídico, em linhas gerais, se sustenta, como já dito, na redução da 'justiça' à validade da norma produzida, e tal validade é inferida pelo poder soberano e validamente constituído, cuja premissa epistemológica não mais se ocupa, à maneira jusnaturalista, dos valores, mas direito enquanto fato; fato objetivamente verificado no contexto social, resultando numa doutrina, por isso mesmo, de natureza eminentemente formal.

No tocante à sua metodologia, o positivismo, já sofrendo inspiração de Savigny e seu Historicismo, desenvolveria a premissa de que o papel do juiz seria tão somente o fenômeno da subsunção, ou seja, promover a correta (e formal) adequação do caso à lei já posta objetivamente, cuidando, a todo o momento de manter-se alheio nesse processo de subsunção. Claro que tal exigência seria possível, se pensarmos que o positivismo e seu rigor ausente de questões valorativas, não admitindo lacunas no sistema jurídico, também não haveria de admitir, por isso mesmo, qualquer função interpretativa ao aplicador da lei. Era, aqui, o triunfo da metodologia o 'positivismo legalista'.

Nessa perspectiva legalista, só se pode compreender o direito, portanto, dentro da cosmovisão positivista – refratária a toda ideia normativa de caráter metafísico ou metajurídico – ligada à produção exclusiva do estado, na fórmula: 'justiça é o direito criado normativamente pelo Estado ou pelas normas assim reconhecidas como válidas (KAUFMANN, 2014, p. 45). Ora, essa visão é notadamente de caráter dogmático, porque impõe uma 'verdade imutável' e o dogma, não deixando espaço, como lhe é próprio para inquirições de natureza investigativa, perturbadoras e que busquem a todo o momento, um novo desvelar de horizontes, o que é muito próprio, aliás, da postura científica, posto que esse quadro (dogmático) nada mais é do que uma teoria geral voltada a estabelecer, apenas, regras metodológicas, fundamentos e limites objetivos.

O positivismo então assume como premissa fundamental a valorização do campo experimental como uma redução deliberada do conhecimento científico, aqui entendido como mera utilização de regras metodológicas e assente numa

lógica formal, excluindo a práxis social do âmbito da análise científica, em razão de uma impossibilidade de se chegar a critérios objetivos para a apuração de valores e apreensão dos fenômenos políticos, exatamente o que será enfrentado pela Teoria Crítica como veremos nos capítulos seguintes dessa pesquisa.

Dado esse quadro dogmático, que é peculiar (e condição) do positivismo jurídico, fica em aberto o problema de sua cientificidade. É indagarmos, seria então científico o positivismo jurídico ou também mera expressão ideológica:

“[...] ou seja, a partir da episteme positivista, a doutrina jurídica circuncreveu-se cada vez mais ao direito positivo e às suas divisões, seja como dogmática geral, apresentada como teoria geral do direito, seja como dogmática constitucional, penal, cível, processual, trabalhista, etc. Mas estas deveriam desenvolver-se dentro daquele arcabouço científico proporcionado pela teoria geral, a qual compreende basilamente uma teoria das leis e das normas jurídicas, uma teoria do ordenamento jurídico e uma teoria das relações jurídicas. (COELHO, 2006, p.106)

O mesmo autor vai explicar, já quando da análise e exposição da teoria crítica, e buscando apoio em Horkheimer (HORKHEIMER,2004,p.109), que o modelo do positivismo foi superado, à toda evidência, pela constatação da afirmação ôntica (de essência mesmo) entre política e ciência, quer dizer, do reconhecimento de que ambas são instâncias que não podem ser pensadas em separado, mormente em período de alta complexidade tecnológica, de modo que o saber (ciência) e práxis social constituem faces de uma mesma moeda, de forma que as ideias devem ser desmistificadas para desvelar a gênese da realidade social e os problemas que são ocultados pela teoria tradicional que se utiliza da ciência para os fins aos quais ela se presta.

É preciso, porém, que se observe que não existe exatamente ‘um tipo único de positivismo’, mas ‘positivismos’, melhor explicando: existem concepções diversas do positivismo e, de forma breve, pode-se dizer que sob essa denominação podemos ter: i) uma concepção de ciência do direito; ii) de uma teoria geral do direito, iii) de uma ideologia. E mais importante: não é necessário que entre essas diversas concepções haja ligações em comum. (TROPER, 2008, p.125)

3. Da Escola de Frankfurt à Teoria Crítica no Direito

As duas ideologias até aqui noticiadas dominaram o panorama jurídico dos últimos séculos, gerando mesmo dentro das suas análises e tentativas de superação outras correntes que se dedicaram ao fenômeno jurídico (realismo, sociologismo, culturalismo). No entanto, a partir de estudos e o aprofundamento de análises que adotaram uma perspectiva marxista, como conduta metodológica deliberada, outras 'escolas de pensamento jurídico' foram ganhando espaço e assumiram um relativo protagonismo, sobretudo no século XX, na pesquisa acerca das ciências jurídicas, em especial, no contexto que se seguiu ao fim da segunda grande guerra mundial (1939- 1945), trata-se da chamada Teoria Crítica do Direito.

Essa perspectiva teórica, muito embora tenha sua origem na Europa continental, ganhou profunda repercussão e relevo no panorama latino-americano e, por certo, também no Brasil, talvez em razão de sua perspectiva de análise originada do materialismo histórico ter encontrado ambiente (laboratório) profícuo nas regiões periféricas do planeta e mais afetadas economicamente pelas promessas não cumpridas da chamada 'modernidade tardia' de matriz estrutural capitalista.

Daí a necessidade, ainda que muito breve, de trazermos a raiz histórica e filosófica que propiciou o surgimento da Teoria Crítica do Direito, mais precisamente, na Alemanha do período entre-guerras com o trabalho dos teóricos do Instituto de Pesquisa Social de Frankfurt, ou, mais conhecida, Escola de Frankfurt.

Os estudiosos da Escola de Frankfurt assumidamente de matriz neomarxista, empreenderam um novo verniz no estudo das ciências sociais, compromisso deliberado numa metodologia, num primeiro momento, de 'crítica da ciência', levando-os em seguida à expansão de suas investigações para a chamada indústria cultural e o papel do Estado na constituição das sociedades e, especialmente, uma investigação acerca da questão da sua legitimidade (FREITAG, 1986, p. 8).

É que o objeto de estudo dos frankfurtianos não era, essencialmente, o direito, mas sim empreender uma teoria crítica em relação à própria sociedade

e suas instituições, de modo a reconstruí-la com base nas premissas (heterodoxas) da filosofia marxiana (HESPANHA, 2012, p. 495).

Na abordagem específica em relação ao direito, a Escola de Frankfurt concentrou sua abordagem crítica contra o positivismo jurídico e sua mistificação dogmática legalista que, como já vimos, encobria o caráter ideológico do direito, travestindo-se numa pretensa cientificidade amparada na desvinculação – e aqui o grito maior da crítica – com a práxis e a ética social, sendo a Teoria Crítica:

O instrumental pedagógico operante (teórico-prático) que permite a sujeitos inertes e mitificados uma tomada de consciência, desencadeando processos que conduzem à formação de agentes sociais possuidores de uma concepção de mundo racionalizada, antifogmática, participativa e transformadora. (WOLKMER, 2001, p.5).

3.1 A Teoria Crítica do Direito

De crítica da sociedade e suas instituições, volta-se a Escola Crítica para o direito já nos anos 60 como fruto de trabalhos e estudos de pensadores europeus e, além do ‘grupo de frankfurt’ e seu novo marxismo heterodoxo, foi também o período das influências das teses arqueológicas de Foucault sobre o poder, a releitura de Gramsci da teoria marxista e, poucos anos depois, pelos professores universitários franceses e magistrados italianos antipositivistas que viriam a ser os precursores do chamado ‘uso alternativo do direito’ (WOLKMER, 2001, p. 16).

Nos chamados países de capitalismo periférico, aqui Brasil incluído, ganha relevo a Teoria Crítica do Direito nos anos 80, a partir do esforço intelectual ainda de um número reduzido de professores, dentre os quais, Tércio Sampaio Ferraz Jr, Roberto Lyra Filho, Luiz Alberto Warat e Luiz Fernando Coelho, cujos trabalhos foram ampliados no tocante à abordagem epistêmica para promover uma contundente crítica não só do positivismo, fiéis à origem da teoria, mas igualmente ao jusnaturalismo, ambas encaradas como doutrinas formalistas e idealistas que serviam de instrumentos para escamotear as (reais) funções do Estado e do Direito na reprodução dos ideais capitalistas (WOLKMER, 2001, p. 17).

Disso resulta que a proposta do pensamento crítico é de ruptura radical com os modelos estanques e excessivamente formais (como o positivismo)

voltada para um tipo metodológico-teórico que promova transformações na realidade sensível, ou, pra usarmos uma expressão kantiana – sem ignorarmos também seu formalismo – nos fenômenos, aqui compreendidos como a própria concretude da vida, traduzida no elemento da práxis social de tipo marxiana.

Essa dialeticidade reclamada pela Teoria crítica vai se constituir, então, no seu *método científico* por excelência (COELHO, 2003), posto que não renunciando ao caráter gnoseológico de tipo marxista, do qual é herdeiro direto, só fará sentido numa ‘dialética do social’, própria assim do materialismo histórico que, invertendo a dialética hegeliana, essa de tipo idealista, estará ‘condenada’ a repensar o real a partir dele mesmo, culminando em consequência na quebra do paradigma tradicional cujas bases estão assentes na separação entre teoria e práxis. Não! Na perspectiva teórico-metodológica do pensamento crítico essa cisão não terá espaço (COELHO, 2003, p.11).

O resultado imediato desse novo instrumental metodológico, portanto, foi o de abrir frentes inesgotáveis que permitam a superação, ou minimização das contradições sociais inerentes às sociedades complexificadas pela estrutura e modo de produção capitalistas, para além de um mero caráter denunciante. Ao contrário abre horizontes para criar condições reais de emancipação e desbravando caminhos para superação das condições cruéis e propiciando a formação de novas categorias que ensejem um modo de pensar inteiramente prospectivo, ao mesmo tempo que colocaria a filosofia do direito política num patamar de engajamento político dinâmico, relegando ao passado, desse modo, a outra (até aqui insuperável) antinomia entre a dogmática jurídica e a política jurídica, o que reflete, na verdade, a permanente superação entre saber jurídico, atuação do jurista e a práxis ligada ao fenômeno social da juridicidade (COELHO, 2003, p. 13).

E para que não fiquemos, também, enredados numa trama conceitual e de caráter formal-ideal-abstrato, o que seria de todo incoerente nessa pesquisa, posto que é exatamente esse fantasma que a teoria crítica objetiva exorcizar, os mecanismos ou meios para se ‘desbravar novas categorias de superação das condições cruéis da realidade social’, como acima fora mencionado, poder-se-ia realizar por meio de práticas alternativas oficiais e, oxalá, extra-oficiais de

resolução de conflitos e emancipação ainda no âmbito da juridicidade legítima: o pluralismo jurídico.

Se se reclama um pluralismo jurídico, por certo, é porque temos antes o seu modelo antagônico – o monismo jurídico. Podemos compreendê-lo, de forma breve, como o modelo vigente desde a formação dos estados modernos absolutistas, aqueles mesmo de inspiração hobbesiana como já fizemos alusão em momento anterior, em que a produção normativa estaria concentrada, e de forma monopolizada no ente estatal, não se reconhecendo, assim, qualquer outra fonte produtora de direito.

O monismo é o modelo monopolizado de um Estado também monopolista, onde a soberania do Príncipe, legitimado numa ordem de natureza divina, estendia-se sobre tudo e todos, desde as propriedades às liberdades individuais e as relações sociais e econômicas. O Monismo era a forma racional de um estatuto jurídico derivado de uma eticidade tracional no sentido de harmonia unívoca de mundo, cujo epicentro era um ordem pronta de conformação política e social que tinha no monarca e nos dogmas de um cristianismo uniforme ao seu ancoradouro definitivo (NOBRE, TERRA, 2008, p. 17).

Esse panorama moderno dos Estados centralizadores foi ‘bagunçado’ pela agitação política e cultural do século XVIII iluminista, sendo transformado no seio de uma revolução que, desde o seu início, se pretendeu ‘universal’ (NEUMANN, 2014 p. 13-87) e constitutiva de uma nova ordem que iria agora conviver com uma diversidade grupos e elementos que lutariam pela conquista de espaço e protagonismo nas disputas políticas motivadas, sobretudo, pelas relações de trocas econômicas, numa palavra, burguesa.

Porém, ainda, assim, é o monismo quem define ‘as regras do jogo’ do ponto de vista formal dogmático, mas essa centralidade, desde a agitação oitocentista viria, dois séculos depois, sofre forte confrontação diante da complexidade (cultural, política, econômica e social) que marcou o século XX e da qual ainda estamos profundamente mergulhados.

Eis assim o cenário para uma alternativa diversificada de produção jurídica, antes, pressionada pelas alterações vivenciadas no modo de produção capitalista (passagem de um modelo industrial para um monopólio organizado),

consolidação de políticas sociais de tipo distributivas de inspiração do economista inglês John Maynards Keynes (ou keynesianismo), além, ainda, dos trabalhos do dogmatismo normativista da Escola de Viena e de Hans Kelsen e já mais recentemente, a intensificação dos processos de globalização econômica, seus efeitos, crises e o abalo no chamado Estado de Bem Estar Social, em que tudo somado viria a exigir um novo sistema ético-jurídico, abrem-se as cortinas para o pluralismo jurídico (WOLKMER, 2001, p. 17). E como se articulou essa exigência pluralista?

Pois bem! Trabalhando com as noções de crise no interior do pensamento habermasiano (HESPANHA, 2012, p. 551-552) e com o conceito de crise de 'paradigma', conforme Thomas Khun, como impossibilidade de o modelo vigente, no caso, a dogmática positivista e o monismo jurídico, solucionar os problemas e desafios do novo contexto como acima apontamos. Em verdade, essa mesma dogmática tradicional de herança iluminista ela própria parte dessa deficiência, Antonio Carlos Wolkmer vai identificar a necessidade natural de busca de um modelo referencial (epistemológico) alternativo ao projeto estatal hegemônico (monismo) capaz de reconhecer e legitimar normatividade extra e infra-estatais a partir das carências dos sujeitos coletivos recentes, precarizados no âmbito das sociedades subalternas do Capitalismo periférico forjadas por estruturas precárias e pulverizadas numa ambiência de espaços de conflitos permanentes.

Desse modo, toma cuidado o autor citado de destacar a diferença desse pluralismo jurídico-liberador, daquele outro político de tipo conservador, que em verdade representa muito mais os interesses dos mesmos grupos econômicos dominantes, escamoteados pelos mesmos interesses hegemônicos (WOLKMER, 2015, p. 80-81).

4. Pluralismo Jurídico na América Latina: Conceito e Algumas causas determinantes

Identificado o pluralismo jurídico como anverso do monismo estatal, mas ainda resultado da complexidade das sociedades contemporâneas que se impõem, explícita ou implicitamente como resposta às necessidades sociais, poderíamos apontar como causas essenciais (jamais exclusivas) do surgimento

desse referencial alternativo na contemporaneidade, por fatores de origem colonial e não colonial, naquela como resultado da aceitação imposta aos países dominados de modelos jurídicos-padrões das metrópoles colonizadoras, quando 'não colonial', basicamente pela incorporação de modelos alienígenas visando à 'modernização' dos seus modelos vigentes, ou quando resultado de revoluções internas, ou ainda, quando da invasão às populações nativas se permite a coexistência de seu direito tradicional, esse critério da colonialidade é exposto por Boaventura de Souza Santos (WOLKMER, 2015, p. 258).

Outro critério que busca a causa determinante do pluralismo jurídico está intimamente, de autoria de Joaquim Falcão, está ligado ao 'déficit de legitimidade', ou seja, com o grau da legitimidade da estrutura de poder (autoritário ou democrático) de modo que quanto menor essa legitimidade menor será também a viabilidade do consenso em torno do monopólio estatal, abrindo espaços para a busca de novas figuras jurídicas.

E por fim, numa terceira exposição explicativa, teríamos a própria percepção da 'ineficácia' e do 'caráter injusto' do padrão hegemônico legalista de tipo dogmático, de Jacques Vanderlinden, em que o 'injusto' repousaria na incapacidade da unicidade do direito dar conta das diversas 'inferioridades próprias de grupos particulares'. E já no quesito da 'ineficácia' do monismo, estaria o reconhecimento das vantagens oferecidas pelo pluralismo como i) manter a primazia dos interesses de cada grupo, ii) o equilíbrio entre os grupos iguais, iii) resguardar as especificidades e independência das instituições, iii) favorecimento da descentralização jurídica (em Estados muito complexos) e iv) propiciar condições mais favoráveis ao desenvolvimento econômico (WOLKMER, 2015, p. 260).

Creemos que as hipóteses acima elencadas servem de amparo estrutural suficiente para a devida compreensão do pluralismo jurídico e suas causas, sejam mediatas, como o critério do colonialismo, talvez, seja o caso brasileiro, ou ainda, na imediatidade constatada da ineficácia do dogmatismo jurídico tradicional no atendimento das complexas e variadas demandas latino-americanas, sobretudo pelo critério da baixa legitimidade política (seria o Brasil atual, pós 2016?) e uma democracia de baixa intensidade que, além de jovem, está constantemente enfrentando os mais variados tipos de provações

institucionais, o que reclamaria uma permanente criatividade para manutenção de seu vigor e dos desafios que lhe são impostos.

De todo modo, os fatores determinantes do fenômeno pluralista devem ser interpretados, ao menos na realidade brasileira, de forma inter-relacionada, ou seja, de forma não excludente, em razão da sua própria complexidade estrutural, posto que o Brasil sofreu o processo colonial (critério de Boaventura de Souza Santos), aí incluído o extermínio (quase total) de populações indígenas nativas e, em razão da sua democracia incipiente, não seria de todo equivocada também apontarmos a ‘baixa ou insuficiente’ legitimidade de seu regime político (critério de Joaquim Falcão), enfim, para um tema que trata exatamente de uma ‘pluralidade’(aqui jurídica) as explicações de seus fatores determinantes não podem se exaurir em singularidades, mas igualmente na diversidade.

Noticiado o contexto, algumas características e fatores determinantes cabe-nos trazer nesse momento um apanhado conceitual do pluralismo jurídico, o que após trabalho de outros critérios e entendimentos vários, foi sintetizado por Antonio Carlos Wolkmer como ‘a multiplicidade de manifestações e práticas normativas existentes num mesmo espaço sociopolítico, interagidas por conflitos ou consensos, podendo ser ou não oficiais e tendo sua razão de ser nas necessidades existenciais, materiais e culturais.’ (WOLKMER, 2015, p. 247)

4.1 Teoria Crítica e Pluralismo Jurídico: A possibilidade de um paradigma alternativo para emancipação social

O pensamento crítico conforme dispusemos anteriormente, tributário da crítica da sociedade levada a efeito pelos pensadores de Frankfurt, e que no direito se revelou como uma proposta de derrocada do positivismo e seu racionalismo mistificador dos ideais de uma classe dominante, poderia - e essa é a hipótese que destacamos mui modestamente propomos nessa breve pesquisa – ser apontada como a parteira da proposta de um paradigma de pluralismo jurídico (WOLKMER, 2015, p. 251-252).

Empreitada já evidenciada, e até facilitada, pela identidade de um ‘adversário em comum’ que lhes deram fôlego nas suas investidas e propostas

metodológicas, qual seja, a reação dirigida à dogmática de tipo positivo-normativista que predomina no cenário jurídico desde o século XIX.

Mas não é só! O pluralismo jurídico ao dialogar com outras fontes jurídicas para o fim de conferir-lhes, na verdade, idêntica juridicidade tais quais às normas estatais (monismo) buscando assim assimilar e trazer para o processo de consenso dialógico outras esferas e agentes sociais, que passariam a reproduzir as ditas fontes, encontra perfeita consonância com a matriz teórica do pensamento crítico, qualquer que seja a sua vertente (sistêmica, semiológica, psicanalítica ou dialética) pois teria também o intento de busca da produção jurídica na mesma inspiração do pensamento crítico: a realidade concreta, arena onde se desenvolvem os conflitos e contradições sociais, políticas, culturais e econômicas. Verdadeiro paradigma da cotidianidade (LUDWIG, 2006, p. 196-198).

Ora, a questão do método da Teoria crítica é justamente a dialeticidade, nascida da constatação da ineficácia do purismo metodológico do positivismo, em especial de tipo kelsiniano, marcado pela separação ôntica do direito com as formas de experiência social, queremos dizer, da separação abrupta entre a produção jurídica, de pretensa cientificidade, e a práxis social, resultando numa delicada aporia: um impasse metodológico configurado como a impossibilidade de construção de uma estatuto jurídico e teórico voltado ao direito como verdadeira experiência, pelo paradigma positivista (COELHO, 2003, p. 3-5).

Ora, o impasse é o mesmo, portanto, que impulsiona o pluralismo jurídico, só que neste já se reconhece a necessidade de integração de outros sujeitos, retirados no mesmo campo de experiência referido pelo pensamento crítico para a construção das condições metodológicas que este último também se impõe como tarefa epistêmica. Mas em que consiste, então, o método da Teoria Crítica ?

Como já insinuado, ainda que de modo muito tímido nos capítulos anteriores, a proposta metodológica do pensamento crítico é o da dialeticidade, ou, mais precisamente, da 'dialética da participação', assim referida pela elaboração teórica de Luiz Fernando Coelho, tendo como fim último a inserção do direito e seus pressupostos na práxis social.

E de que forma? Em toda a teoria do conhecimento, são três os elementos indispensáveis: sujeito, objeto e conceito. A tradição racionalista de tipo cartesiana, como vimos, promoveu a separação do sujeito-objeto, numa atitude chamada dogmática, porque tem seus princípios imanentes (o eu que pensa, que conhece, e que não pode ao mesmo tempo 'ser e não ser') donde constrói seu edifício epistemológico; em sentido oposto a corrente empirista vai deduzir o conhecimento, primeiro, da experiência sensível, da realidade (Locke, Hume, Stuart Mill). Fica claro nessa dicotomia, dentro do que nos interessa, que o traço distintivo no labor da 'teoria do conhecimento', portanto, será a prevalência, ora do sujeito (racionalismo), ora do objeto (empirismo).

Somente quando a filosofia kantiana (formal e idealista), na chamada 'revolução copernicana' se superou essa dicotomia das prevalências (sujeito/objeto) para se buscar uma 'conciliação necessária' entre os dois elementos, se estabelecendo a evidência da existência de categorias 'a priori'(sujeito) responsáveis pelos dados da experiência (objeto), eis, em síntese a base do criticismo kantiano, donde se origina, aliás, o termo 'crítica' nas ciências sociais. A esta altura, poderíamos indagar: e a teoria crítica e o pluralismo com isso?

É que depois daquele modelo kantiano, buscou uma 'essência universal' para o direito no núcleo das pesquisas filosóficas, alimentando, inclusive, correntes outras de pensamento que, embora dali derivadas, tiveram por intento superar a outra dicotomia: a da separação entre essência (que em Kant era de alcance impossível=noumenon) e aparência real (fenômeno=phaenomenon), dentre essas correntes, a fenomenologia (estudo da estrutura da consciência) de Edmund Husserl.

Das correntes fenomenológicas, que agora passaram a encarar além da essência, como em Kant, também as estruturas objetivas da realidade (categoria), surgindo a noção de a priori material como estrutura objetiva, é possível a identificação do objeto do conhecimento como aqueles com existência em si, e outros que são criados pelo homem, como produtos da cultura (corrente culturalista, tendo como expoente Miguel Reale e sua teoria tridimensional do direito) aí incluído o direito (COELHO, 2003, p. 27).

Logo, passando-se a admitir o direito, nessa perspectiva científica como produto da cultura, posto que criação do homem, resta inseparável – à maneira positivista – o sujeito do objeto, uma vez que no processo de conhecimento, ter-se-ia a fusão entre consciência e o conteúdo, sendo pois o processo ontológico igual ao processo gnoseológico, respectivamente, o ponto de vista da essência (ser) do conhecimento (gnose).

Dessa estrutura epistemológica, portanto, que fará coincidir sujeito/objeto, aliado ao reconhecimento de estatuto científico do direito como fenômeno cultural (e isso porquê a ciência há de abarcar, também, fenômenos e instâncias sociais) é que estará aberto o caminho para a vivência da Teoria crítica com o pluralismo jurídico, já que ambos possuem (necessária) interconexão com a realidade e a práxis social.

5. A Dialética da Participação: Método do pensamento crítico

O processo ou método dialético é comum na história da filosofia desde os pré-socráticos, com os movimentos do pré-socrático Heráclito (célebre Fragmento 91), chegando a Hegel e sua totalidade da história e, num grau de maior assimilação no interior de uma filosofia voltada à transformação do real, com materialismo histórico marxista (BARROS, 2003, p. 37). Podemos entendê-la, de forma muito rápida, como ‘a própria mundividência que, pressupondo o movimento imanente do ser, considera o ente em sua totalidade, a qual se volta para si mesma como individualidade total e se projeta no mundo como implicação total. (...) o pensamento dialético vislumbra, portanto, os objetos do conhecimento do ponto de vista da sua dinamicidade.’ (COELHO, 2003, p. 27).

A dialética é a forma absoluta do movimento, dos contrários, do ‘eterno devir’, e por isso mesmo, do entrechoque permanente das instâncias, das ideias e das contradições. No plano social, essas características ficam ainda mais visíveis. Toda a teoria marxista e seu materialismo histórico estão calcados nessa dialética, à maneira invertida do hegelianismo ideal, sendo, no caso do objeto da nossa pesquisa, na realidade pluralista das condições e estruturas sociais em toda sua dinamicidade (BARROS, 2013, p. 32).

O ponto de contato é inegável, pois no dizer de Wolkmer “diante da insuficiência das fontes formais clássicas do modelo jurídico liberal e monocultural, os movimentos sociais como novos sujeitos históricos tornam-se portadores privilegiados do pluralismo político e jurídico transformador que nasce das lutas e das reivindicações em torno de carências, aspirações desejadas e necessidades humanas fundamentais.” (WOLKMER, 2015, p. 413).

Fecha-se esse ponto de contato referido na proposta metodológica da ‘dialética da participação’ como mencionávamos, na razão direta de que ela traz para o seu campo específico o ‘ser social’ como área privilegiada do pensamento dialético, porém, mediante uma exigência de tomada de ações reais para além do mero esforço de descrição de causalidade e funcionalidade, ou seja, seu estatuto epistemológico (e científico) repousa na transformação da concreção do real, por isso, participativa (COELHO, 2003, p. 40)

Quando se analisam os objetivos, por sua vez, do pluralismo jurídico, depara-se com a pretensão de se alcançar uma totalidade do direito, enaltecendo o direito estatal como apenas uma das inúmeras possibilidades para dar vazão às estruturas e demandas sociais, posto que teria o mérito de demonstrar, ainda que de modo abrangente, a força e autenticidade prático-teórica das diversas manifestações normativas não estatais, surgidas do interior de condições materiais, das lutas sociais, servindo como ‘voz de denúncia’ das necessidades de reivindicações derivadas das privações que marcam o espaço social periférico em processo de descolonização (WOLKMER, 2015, p. 261).

Como já assinalado anteriormente, a Teoria do Conhecimento tem sempre três elementos (no mínimo): sujeito, objeto e conceito. No caso da teoria crítica na forma como aqui desenvolvida, o terceiro elemento, conceito, repousaria nas chamadas ‘categorias críticas’, não perdendo de vista que categoria seria a representação intelectual do objeto enquanto integrado na dialética do conhecimento que une o sujeito com seu objeto gnósico; mas aqui, em sendo crítica essa categoria – que no pensamento do autor compreende: ideologia, sociedade, alienação e práxis – ela estaria fazendo a ‘ponte cognoscitiva’ entre o fazer e o saber, amoldando assim o conhecimento no âmbito do referido processo dialético (COELHO, 2003, p. 47).

Assim, evidencia-se, para além de qualquer dúvida razoável, a íntima relação entre o pluralismo jurídico e seus postulados, fundamentos e objetivos, com a teoria crítica do direito que, por sua vez, não sustentaria o seu edifício epistemológico enquanto mecanismo de emancipação das condições sociais estruturais deficitárias, sem um método que lhe fosse próprio, valendo-se da dialética da participação, suspendendo, assim, o clássico binômio dedutivo-indutivo de raiz cartesiana e sua separação sujeito-objeto que marcou, a um só tempo, o jusnaturalismo moderno e o positivismo dogmático que lhe sucedera nos dois últimos séculos.

6. Conclusão

Na pesquisa realizada neste artigo, caminhamos da breve noção do pensamento jurídico na modernidade, marcado, sobretudo, pela transição do paradigma do ser para o paradigma do sujeito (ou da consciência) em que o marco filosófico foi a superação da tradição aristotélica-tomista firmada na unidade do corpo/alma para sua ruptura no interior do racionalismo cartesiano com o renascimento de tipo duplo: sujeito-objeto, o que viria a influenciar o labor científico dali em diante, impactando inclusive o fenômeno jurídico marcado, então, pelo predomínio do jusnaturalismo e posteriormente do positivismo jurídico, respectivamente, 'justo por natureza' e 'justo por convenção'.

Todavia, o desenvolvimento do pensamento jurídico moderno, então calcado no método científico cartesiano, de tipo dedutivo, resultou na precariedade da cientificidade do direito, na medida em que se revelou, quer na forma da imutabilidade de tipo metafísica do jusnaturalismo ou mesmo na pretensa cientificidade do positivismo que buscou isolar a produção do direito de toda e qualquer abordagem axiológica (de valor), muito mais num caráter ideológico a encobrir interesses de classes dominantes, isolando-se, assim, da realidade e do fato social, servindo como instrumento de dominação alienante e volátil, posto que serviam sempre como meio de legitimação do discurso do poder vigente.

Vimos, que num movimento amplo, embora detido e minucioso de reação, já no contexto do século XX, e inspirado pela teoria crítica da sociedade

elaborada pelos pesquisadores da chamada Escola de Frankfurt, por sua vez, de raiz neomarxista, sobretudo com uso dos seus referenciais seminais, como materialismo histórico e processo dialético, chegou-se a elaboração de duas vertentes teóricas: a teoria crítica no (do) direito, marcada pelo reconhecimento epistemológico do direito como fenômeno, e fenômeno social, criado, pois, pela cultura humana (culturalismo) donde a impossibilidade de superação do sujeito e do objeto, como propunha a herança cartesiana, e aí, pela fenomenologia de Husserl, adotada por Luiz Fernando Coelho, com a criação das categorias críticas e o método dialético, visualizou-se uma metodologia voltada para a realização, a um só tempo, do saber-fazer no seio da práxis social, como condição de de um projeto político de emancipação social, à maneira da dialética filosófica, não à toa, ser a 'dialética da participação' exatamente a proposta metodológica da teoria crítica do direito.

Por sua vez, a deficiência/ineficácia do aparelho estatal e sua fontes oficiais (monismo) de matriz positivo-dogmática em dar suficiente respostas aos problemas e demandas de uma sociedade cada vez mais complexificada, marca da modernidade tardia e sua velocidade, ocasionou o resgate de discussões no entorno de novas formas normativas, para além das fontes estatais oficiais, em razão, dentre outras, do surgimento de novos sujeitos sociais e coletivos e a reivindicação de espaços a grupos anteriormente alijados do processo de divisão do poder, sobretudo, nas regiões de capitalismo periférico, condições de resgate, portanto, do pluralismo jurídico.

O que essa breve pesquisa intentou demonstrar, foi a perfeita harmonia e concordância prática e teórica, quer pela identidade fundamental de metodologia, a dialética, ou ainda, pela comunhão de interesses políticos emancipatórios, entre a teoria crítica do direito e as perspectivas do pluralismo jurídico, sobretudo no âmbito do reconhecimento da deficiência do modelo positivo-dogmático em abarcar formas de legitimação de tipo participativo-comunitário, abrindo assim a possibilidade, ambos, teoria crítica do direito e pluralismo jurídico, do descortinar de um paradigma jurídico, mas com feições e pretensões político-sociais, a permitir a criação, não utópica, mas no campo da factibilidade, de um processo de emancipação pela transformação da realidade concreta, no próprio paradigma da cotidianidade.

7. Referências

BOBBIO, Norberto. Teoria da Norma Jurídica. São Paulo: Edipro, 5^o edição, 2014. O positivismo jurídico: Lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 2006.

BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social. São Paulo: Malheiros, 10^o edição, 2014

COELHO, Luiz Fernando. Teoria Crítica do Direito. 3^o edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

.....Aulas de Introdução ao Direito. São Paulo: Manole, 2004 FILHO, Roberto Lyra. O que é o Direito. 17^o edição. São Paulo: Brasiliensis, 1995

FREITAG, Bárbara. A Teoria Crítica: ontem e hoje, 4. edição. São Paulo: Brasiliense, 1986

GRAU, Eros Roberto. O que é a filosofia do direito? São Paulo: Manole, 2004.

GRUBA, Leilane Serratine. RODRIGUES, Horácio Wanderlei. O tridimensionalismo de Reale e a cientificidade do Direito. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), Unisinos, volume 5, pp-48-64, jan-jun 2013

HESPANHA, Antonio Manuel. Cultura Jurídica Européia: Síntese de um milênio. Coimbra: Almedina, 2012

KAUFMANN, Arthur. Filosofia do Direito, 5^o edição. Tradução de Antônio Ulisses Cortes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014

LUDWIG, Celso Luiz. Para uma Filosofia Jurídica da Libertação: Paradigmas da Filosofia, Filosofia da Libertação e Direito Alternativo. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006

NEUMANN, Franz. A mudança de função social da lei no direito da sociedade burguesa. Revista Brasileira de Estudos Políticos. Belo Horizonte, nº 109, pp-13-87, jul./dez. 2014

NOBRE, Marcos. TERRA, Ricardo. Direito e Democracia: Um guia de leitura de Habermas (org). São Paulo: Malheiros, 2008

TROPER, Michel. A Filosofia do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2008

VILLEY, Michel. A Formação do pensamento jurídico moderno. São Paulo: Martins Fontes, 2009

WOLKMER, Antonio Carlos. Ideologia, Estado e Direito. 3º edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000

.....Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico. 3º. edição. São Paulo:Saraiva, 2001

.....Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito. 5. edição. São Paulo:Saraiva, 2015

.....Síntese de uma História das Ideias Jurídicas. Da Antiguidade Clássica à Modernidade. Boiteux: Florianópolis, 2006.