

Universidade Federal do Espírito Santo
Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGDIR)

Avaliação específica da Professora para 4(quatro) vagas de aluno(a) regular do Mestardo em Direito da UFES.

Professora Dra. Brunela Vieira de Vincenzi Data de aplicação: 15/12/2017

Candidata(o): _____ Nota: _____

A presente avaliação escrita é composta por 5 (cinco) questões discursivas, sendo que cada uma delas vale 2,00 (ponto) . Respostas escritas a lápis não autorizam pedido de revisão de nota, somente as escritas a caneta. O gabarito final da prova será divulgado assim que o último candidato sair do local de prova.

1) Considere o texto abaixo e a seguir responda à questão proposta:

“O pensamento teórico no sentido tradicional considera, como foi exposto acima, tanto a gênese dos fatos concretos determinados como a aplicação prática dos sistemas de conceitos, pelos quais estes fatos são apreendidos, e por conseguinte seu papel na *praxis* como algo exterior. A alienação que se expressa na terminologia filosófica ao separar valor de ciência,²⁸ saber de agir, como também outras oposições, preservam o cientista das contradições mencionadas e empresta ao seu trabalho limites bem demarcados. Um pensamento que não reconheça esses limites parece perder suas bases. Que outra coisa poderia ser um método teórico, que em última instância não coincide com a determinação dos fatos dentro de sistemas conceituais diferenciados e bastante simplificados, além de um divertimento intelectual desorientado, em parte poesia racional, e em parte expressão impotente de estados de espírito? A investigação do condicionamento de fatos sociais assim como de teoria podem muito bem constituir um problema da pesquisa, inclusive um campo próprio do trabalho teórico, mas não se vê por que este tipo de estudo deveria ser fundamentalmente diferente dos outros esforços teóricos.” (M. Horkheimer, Teoria Tradicional e Teoria Crítica, p. 139).

Diante do pensamento exposto por Max Horkheimer no texto Teoria Tradicional e Teoria Crítica, considerado a pedra fundacional da Escola de Frankfurt, indique em que se diferencia a teoria crítica da teoria tradicional, em especial para as ciências humanas, onde está o direito inserido.

R.: P. A teoria crítica não tem, apesar de toda a sua profunda compreensão dos passos isolados e da conformidade de seus elementos com as teorias tradicionais mais avançadas, nenhuma instância específica para si, a não ser os interesses ligados à própria teoria crítica de suprimir a dominação de classe. Essa formulação negativa, expressa abstratamente, é o conteúdo materialista do conceito idealista da razão. Num período histórico como este a teoria verdadeira não é tão afirmativa como crítica, como também a sua ação não pode ser "produtiva". O futuro da humanidade depende da existência do comportamento crítico que abriga em si elementos da teoria tradicional e dessa cultura que tende a desapaecer. Uma ciência que em sua autonomia imaginária se satisfaz em considerar a *praxis* — à qual serve e na qual está inserida — como o seu Além, e se contenta com a separação entre pensamento e ação, já renunciou à humanidade. Determinar o conteúdo e a finalidade de suas próprias realizações, e não apenas nas partes isoladas mas em sua totalidade, é a característica marcante da atividade intelectual. (...) Por detrás da proclamação de "espírito social" e "comunidade nacional" se aprofunda, dia a dia, a oposição entre indivíduo e sociedade. A

autodeterminação da ciência se torna cada vez mais abstrata. O conformismo do pensamento, a insistência em que isto constitua uma atividade fixa, um reino à parte dentro da totalidade social, faz com que o pensamento abandone a sua própria essência.

2) Considere o texto abaixo e a seguir responda à questão proposta:

“Nessa situação de um crescente abismo entre teoria filosófica da justiça e práxis política parece razoável dar-se um passo atrás, para observar de uma maior distância o primeiro dos dois lados mencionados; pois é perfeitamente possível que tenham sido as próprias deficiências conceituais ou categoriais dos esforços teóricos que levaram a um aumento da distância em relação à política. Por conseguinte, no que segue pretendo tentar desligar-me passo a passo do universo de premissas da teoria da justiça liberal predominante, para poder assumir uma perspectiva externa que me permita seu exame crítico.” (A. Honneth, *Texturas da Justiça*, p. 347)

Tendo em vista que Axel Honneth, em *Texturas da Justiça*, discorda tanto da teoria comunitarista quanto da teoria liberal (procedimentalista) da justiça, propondo-se a uma concepção crítica, disserte sobre a forma proposta pelo filósofo frankfurtiano para aproximar a práxis política da filosofia por meio de uma teoria da justiça.

R.: P. 347 (...) vou esboçar os contornos de um modelo normativo alternativo; este terceiro passo novamente será iniciado a partir do elemento central, a saber, pela pergunta sobre como efetivamente devemos imaginar a matéria da justiça social se a ideia da distribuição de bens não representa a sua solução adequada; a partir daqui esboçarei então também a resposta às duas outras perguntas que surgiram com o fato de que nem o esquema fundamental procedimentalista nem a fixação no estado possam seguir servindo como respostas satisfatórias.

P. 365 (...) Sua tarefa seria colocar diante de nossos olhos todas as condições institucionais, materiais e legais que atualmente precisariam estar cumpridas para que as diferentes esferas sociais efetivamente pudessem fazer jus às normas de reconhecimento a elas subjacentes; com o objetivo de fomentar a autonomia individual, ela não apenas deveria defender em relações jurídicas democráticas o princípio da igualdade deliberativa, em relações familiares o princípio da justiça das necessidades e nas relações sociais de trabalho o princípio da justiça do desempenho, mas exigir também a inclusão de todos os sujeitos nestas relações de reconhecimento. Assim procedendo, essa teoria da justiça sabe-se em sintonia com as convicções morais que as pessoas afetadas defendem em seu cotidiano, antes ainda de qualquer teoria; mas por outro lado ela não pode mais fazer a aplicação de seus próprios princípios, nem mesmo suas próprias diferenciações, dependerem do resultado de uma formação democrática da vontade dentre aquelas pessoas afetadas. Pois ela sabe muito bem que estas decisões são apenas provisórias, partidárias e distorcidas até que todas as cidadãs e todos os cidadãos possam levantar sua voz na esfera pública livres de qualquer temor ou vergonha. Devido a este elemento da autonomia individual, por causa desta liberdade elementar do apresentar-se e posicionar-se publicamente, a teoria da justiça aqui defendida precisa defender advocatoriamente condições nas quais os sujeitos alcançam auto-estima não apenas na esfera pública democrática, mas também em relações familiares e nas relações de trabalho. Na realização destas intenções, porém, ela não pode confiar unicamente nos meios legais do estado de direito, mas precisa apostar na cooperação de organizações não estatais, cujas atividades porém necessitam primeiro novamente do impulso de concepções de justiça ao mesmo tempo mais poderosas e mais realistas, para poderem tornar-se novamente ativas no lugar certo com um vocabulário moral

adequado – e pelo menos esta perspectiva poderia nutrir a esperança de que uma teoria da justiça que procede reconstrutivamente e é construída de forma pluralista possa diminuir a distância para com a práxis política.

3) Alguns juristas destacaram-se entre os primeiros participantes da Escola de Frankfurt, sendo os principais Franz Neumann e Otto Kirchheimer.

3.1) Considerando o capítulo específico do Livro Curso Livre de Teoria Crítica organizado e coordenado por Marcos Nobre, indique a principal obra de Franz Neumann e o porquê da sua atualidade.

R.: “Principal obra: Beremuth, livro publicado em 1942 e até hoje referência para o estudo do tema. (p. 97 do livro Curso Livre).

(...) Podemos resumir sua contribuição para a Teoria Crítica com as seguintes afirmações:

a) o direito liberal não é apenas um instrumento para satisfazer os interesses da burguesia;

b) pode-se chegar ao socialismo por seu intermédio.” (p. 99)

3.2) Considerando outro capítulo do mesmo livro indicado acima, o que trata especificamente de Otto Kirchheimer e sua obra, disserte sobre a importância da obra e a sua aplicação ao sistema prisional brasileiro contemporâneo, considerando principalmente os novos dados divulgados pelo Ministério da Justiça, pelo informe INFOPEN 2017, em 8 de dezembro de 2017.

R.: Obra Pena e Estrutura Social, 1968, considerada uma obra-chave para a tradição crítica do crime e da pena. (p. 117 do livro Curso Livre)

Site <http://justificando.cartacapital.com.br/2017/12/08/infopen-2017-o-processo-penal-de-excecao-em-numeros/>, Acesso em 13 de dezembro, de 2017.

O sistema prisional brasileiro em números

O levantamento nacional de informações penitenciárias – INFOPEN 2017, divulgado oficialmente na data de hoje, descortina a triste realidade brasileira: com 726.712 pessoas privadas de liberdade, assumimos o terceiro lugar no ranking dos países que mais prendem no mundo. Como se não bastasse a desonrosa medalha de bronze, face os nossos três concorrentes diretos nesse pódio autoritário (Estados Unidos, China e Rússia) somos o único país cuja população carcerária segue aumentando.

Segundo dados levantados pelo Departamento Penitenciário Nacional, a população prisional brasileira alcançou a marca de 726.712 presos no mês de junho de 2016, isso tudo sem contar as pessoas que se encontram em prisão domiciliar e as monitoradas eletronicamente.

A crueldade não é mensurável em estatísticas, mas dois dados não podem passar despercebidos: (i) a taxa de presos sem condenação supera 40% e (ii) a taxa de ocupação nos presídios atingiu 197,4%. É assustador notar que no ano de 2002 tínhamos um total de 239.345 pessoas presas (condenadas e provisórias) e em 2016, menos de quinze anos depois, atingimos a marca de 292.450 presos provisórios! É aterrorizante constatar que são mais de 700 mil presos para pouco mais de 350 mil vagas!

O público alvo do nosso sistema penal é bem definido: jovens negros de baixa escolaridade, acusados de tráfico e crimes patrimoniais. Os dados revelam que 55% dos presos têm até 29 anos, fração que se eleva a 74% se considerarmos os que possuem até 34 anos. No total, 64% são negros. Se considerados apenas a população do sistema penitenciário federal, 73% são negros. Do total de presos, 80% não concluiu o Ensino Médio. Em contrapartida, 0% possui Ensino Superior Completo. Quanto os homens, mais de 70% é acusado por tráfico ou crimes patrimoniais. Já em relação às mulheres, mais de 60% delas são acusadas por tráfico.

4) Sendo Klaus Gunther, jurista frankfurtiano da mais recente tradição da Escola de Frankfurt e discípulo de Habermas, explique a sua crítica à teoria de Robert Alexy, em especial a diferenciação entre discursos de justificação e discursos de aplicação do direito.

R.: Flávio Quinaud Pedrón, em A CONTRIBUIÇÃO E OS LIMITES DA TEORIA DE KLAUS GÜNTHER: A DISTINÇÃO ENTRE DISCURSOS DE JUSTIFICAÇÃO E DISCURSOS DE APLICAÇÃO COMO FUNDAMENTO PARA UMA RECONSTRUÇÃO DA FUNÇÃO JURISDICCIONAL, publicado em Revista da Faculdade de Direito - UFPR, Curitiba, n.48, p.187-201, 2008. “(...) a separação entre discursos de justificação e discursos de aplicação do direito representa uma resposta mais adequada aos casos de “colisão de princípios” que a teoria de Robert Alexy e demais autores tributários da tradição da Jurisprudência de Valores. Günther ainda desempenha um importante papel na (re) construção de uma teoria processual filiada ao pensamento de Jürgen Habermas (Teoria Discursiva do Direito e da Democracia), demonstrando como é possível a garantia de legitimidade em decisões judiciais mediante a participação das partes processuais como co-autoras da sentença.”, p. 187.

(...)

“Um aprofundamento deve ser feito: Günther considera importante distinguir uma descrição de um estado de coisas de uma interpretação de uma situação; a primeira consiste em proposições que podem ser avaliadas como verdadeiras ou falsas, de acordo com a existência de fatos; todavia, se por um lado, a interpretação de uma situação também contém descrições verdadeiras dessa situação, por outro, mostra-se mais abrangente, pois o locutor é responsável por expor em sua interpretação quais descrições verdadeiras do estado de coisas são significativas, e quais não são. Logo, uma interpretação da situação somente pode ser completa se ela contiver todas as descrições do estado de coisas que são simultaneamente verdadeiras e significativas. Todavia, o que se quer dizer com “significativo”? Aqui, o termo é conectado à compreensão que pode ser obtida de uma norma – há uma identidade entre o estado de coisas veiculado no nível da norma e a descrição do caso. (p. 191) É, por isso, que a compreensão normativa de coerência do sistema jurídico (ou moral) somente pode ser atingida, levando-se em conta os discursos de aplicação.¹¹ Uma vez que as colisões externas são invisíveis quando apartadas de um caso concreto, a coerência normativa somente pode ser estabelecida – porque reconstruída – em um estágio final, perante cada caso concreto (CHAMON JUNIOR, 2005:115). Com isso, tanto a exigência de imparcialidade¹² quanto o ideal da “norma perfeita” – nesse caso, apenas indiretamente – foram alcançados (GÜNTHER, 1995:283). (p. 192)

(...)

“As decisões discursivamente tomadas nos processos de aplicação do Direito são para aqui e agora, além de estarem voltadas para um caso determinado e contarem com a participação de sujeitos individualizados. Não há necessidade de empreender a uma reconstrução de toda a história institucional. Todavia, o processo de aplicação deve possibilitar o aporte de interpretações divergentes acerca da interpretação jurídica e da situação concreta (GÜNTHER, 1992:288). A norma adequada será aquela capaz de fornecer uma justificação para um imperativo singular – isto

é, o caso concreto único e irrepetível – representando uma maneira de agir, sustentada por uma pretensão de validade referente à correção normativa, na situação in casu (BAHIA, 2004:332).

Pode-se, então, afirmar que há uma divisão de tarefas entre os processos legislativo e jurisdicional, a partir da distinção e correspondências desses processos com os discursos de justificação e aplicação, respectivamente.” (p. 193).

“Importante, então, ter em mente a tese de Alexy (2001; 1998), que sustenta que a correção de uma decisão judicial é sempre relativa, haja vista a impossibilidade de haver uma legislação isenta de colisões entre normas, principalmente no tocante aos princípios (em sua leitura, valores).

Mas, em Habermas, é possível extrair legitimidade da legalidade (SOUZA CRUZ, 2004:227), tornando autônomo o discurso jurídico na sua relação com a moral. Diversas, então, são as razões para a crítica da tese do caso especial:

(1) na argumentação jurídica, diferentemente da moral, as partes não estão obrigadas a proceder a uma busca cooperada pela verdade; o Direito abre espaço para ações estratégicas que possam conduzir a uma decisão favorável. Mesmo assim, em razão do elevado grau de racionalidade presente no processo, pode-se atingir um juízo de aplicação imparcial (SOUZA CRUZ, 2004:228);
(2) com isso, são apagadas as linhas fundamentais da diferenciação entre discursos de justificação e discursos de aplicação – o melhor exemplo é a técnica de ponderação de Alexy. Nos discursos de aplicação, pesa a limitação da argumentação mais ampla existente nos discursos de justificação – argumentos pragmáticos e ético-políticos devem ficar excluídos, sob pena de se aceitar uma reabertura do processo legislativo, todavia, com um rol de legitimados à discussão muito inferior. Com isso, não se quer negar que, ao longo de um discurso de aplicação jurídico, não surjam questões políticas e pragmáticas; alerta-se para o fato de que a decisão não poderá reabrir a discussão de justificação, ou seja, o magistrado deve tomá-las como produto do discurso anterior e tratá-las.”

